

**CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS POR SUSCRIPCIÓN  
SUCESIVA**

**CARLOS ADRIAN OSPINA HURTADO  
DAVID GÓMEZ ÁLVAREZ**

**UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MEDELLIN  
2006**

**CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES ANÓNIMAS POR SUSCRIPCIÓN  
SUCESIVA**

**CARLOS ADRIAN OSPINA HURTADO  
DAVID GÓMEZ ÁLVAREZ**

**Monografía para optar al título de Abogado**

**Director  
JOSE DAVID POSADA BOTERO  
Abogado  
Docente de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit**

**UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
MEDELLIN  
2006**

**Nota de aceptación:**

---

---

---

---

---

---

**Presidente del jurado**

---

**Jurado**

---

**Jurado**

**Medellín, 30 de noviembre de 2006**

## **AGRADECIMIENTOS**

Los autores expresan sus más sinceros agradecimientos:

Al respetado doctor **José David Posada Botero**, docente de la Universidad Eafit, director de nuestra monografía, que con su disposición nos asesoró y orientó para llevar a término éste proyecto.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>PRIMERA PARTE .....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>8</b>
<b>2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....</b>	<b>11</b>
<b>3. OBJETIVOS .....</b>	<b>12</b>
3.1 OBJETIVO GENERAL	12
3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS	12
<b>SEGUNDA PARTE .....</b>	<b>14</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>15</b>
<b>1. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA POR SUSCRIPCIÓN SUCESIVA.....</b>	<b>15</b>
1.1 ASPECTOS GENERALES	15
1.2 CONSTITUCIÓN SUCESIVA DE SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL DERECHO COMPARADO	16
1.2.1 CENTRO AMÉRICA. ....	17
1.2.2 SUR AMÉRICA. ....	19
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>24</b>
<b>2. LOS PROMOTORES.....</b>	<b>24</b>
2.1 DEFINICIÓN	24
2.2 FUNCIONES DE LOS PROMOTORES	26
2.3 RESTRICCIONES DEL PROMOTOR	28
2.4 RESPONSABILIDAD DE LOS FUNDADORES Y PROMOTORES	28
2.5 PROBLEMAS PRÁCTICOS	31
2.6 REMUNERACIÓN	32
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>34</b>
<b>3. PROGRAMA DE FORMACIÓN DE LA SOCIEDAD Y FOLLETO INFORMATIVO DE PROMOCIÓN DE LAS ACCIONES.....</b>	<b>34</b>
3.1 PROGRAMA DE FUNDACIÓN	34
3.1.1 NATURALEZA. ....	34
3.1.2 CONTENIDO DEL PROGRAMA DE FUNDACIÓN. ....	38
3.1.3 FORMALIDADES. ....	39
3.2 FOLLETO INFORMATIVO	40

<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>43</b>
<b><u>4. CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN.....</u></b>	<b><u>43</u></b>
4.1 CONCEPTO	43
4.2 NATURALEZA DEL CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN SUCESIVA	44
4.2.1 AUTORES COLOMBIANOS. ....	44
4.2.2 BRUNETTI, EL ACTO DE SUSCRIPCIÓN ES UN CONTRATO.....	46
4.2.3 CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN COMO CONTRATO DE OPCIÓN. ....	48
4.2.4 NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE SUSCRIPCIÓN. ....	51
4.3 ELEMENTOS DEL ACTO DE SUSCRIPCIÓN	55
<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>58</b>
<b><u>5. APORTE EN DINERO O ESPECIE .....</u></b>	<b><u>58</u></b>
5.1 LA ENTIDAD ENCARGADA DEL MANEJO DE LOS RECURSOS	58
5.2 PAGO DEL APORTE EN DINERO O ESPECIE	59
5.3 PROHIBICIÓN DE DISPOSICIÓN DE LOS APORTES	60
<b>CAPÍTULO VI .....</b>	<b>62</b>
<b><u>6. CONSOLIDACIÓN Y FRACASO DE LA CONSTITUCIÓN.....</u></b>	<b><u>62</u></b>
6.1 ASAMBLEA GENERAL CONSTITUYENTE	62
6.2 FORMALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN	65
6.3 REGISTRO MERCANTIL	66
6.4 FRACASO EN LA CONSTITUCIÓN	66
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>69</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>73</b>

## PRIMERA PARTE

## INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más novedosos y relevantes introducidos en la reforma al régimen de las sociedades anónimas, dispuestos en la Ley 222 de 1.995, fue el tema de la constitución por suscripción sucesiva, que consiste precisamente en la posibilidad de que exista un periodo de gestación anterior a la formación completa de la sociedad, durante el cual los promotores elaboran el programa de fundación, invitan a los inversionistas para que participen del proyecto, se recaudan los recursos de capital y finalmente, en un último periodo de formalización se lleva a cabo la asamblea general constituyente, el otorgamiento de la escritura pública y su posterior inscripción en el registro mercantil.

Esta institución del derecho comercial se encontraba establecida, de vieja data, en países de Europa y Latinoamérica. No obstante en la legislación colombiana no se contemplaba de manera específica sino hasta la entrada en vigencia de la Ley 222 de 1.995. En los diferentes países se ha acudido a la referida figura en aquellos casos donde se requiera recolectar grandes masas de capital en lapsos que puedan resultar prolongados, por medio de una invitación a los inversionistas para que participen en la futura sociedad, y cuyo procedimiento se adelanta antes del otorgamiento de la escritura pública de formación.

A pesar de que antes de 1.995 no se encontraba consagrada ésta forma de constitución para las sociedades anónimas, el Código de Comercio en los artículos 140 y 141 se refiere a los promotores de empresas, incluyendo las reglas sobre la remuneración y su régimen de responsabilidad, por lo que puede pensarse, que era viable a la luz de éstas normas, la constitución de la sociedad de manera gradual, sólo que no contaba con la seguridad jurídica que ahora brinda una regulación detallada de los diferentes aspectos que se incluye en la ley.



Esta figura ofrece una indudable ventaja frente a la forma de constitución simultánea o por acto único, que implica que las aportaciones de capital o una parte de ellas tengan que ingresar en el haber social en el mismo momento de constitución, y por tanto, inmediatamente surja *ipso iure* a la vida jurídica, es decir, que la sociedad se halla legalmente constituida, y la persona jurídica adquiere todos los derechos y obligaciones frente a los socios y a terceros. Pues, si la sociedad se encuentra en imposibilidad de recaudar el total de los recursos económicos necesarios para la explotación industrial y comercial y por este motivo no puede desarrollar su objeto social, tendrá que adelantar un proceso de disolución y posterior liquidación. Mientras que en la constitución por suscripción sucesiva, una vez se incurra en una causal de fracaso, no será necesario cumplir el proceso de disolución y liquidación, porque la sociedad, que es lo que se disuelve, liquida y extingue, no ha surgido a la vida jurídica.

Resulta pues notoria la conveniente introducción de este método de formación de la sociedad anónima y constituye un esfuerzo del legislador para incentivar la inversión en las sociedades de capitales, la democratización de la propiedad de las mismas, y la búsqueda de la consolidación del mercado accionario en Colombia.

Constituye el norte de ésta monografía, realizar un estudio, en general, de todos los elementos que componen el proceso de constitución de la sociedad anónima por suscripción sucesiva, y en particular, el análisis de las falencias de las normas que la consagran y la discusión sobre la naturaleza jurídica que presentan ciertos instrumentos como el programa de fundación y el llamado contrato de suscripción de acciones. Igualmente, se explorará la figura jurídica de los promotores, sus funciones, responsabilidades y sus honorarios. Para tal efecto recogemos las opiniones de algunos autores colombianos y otros extranjeros que se han pronunciado sobre el tema.

A propósito de lo anterior, es menester señalar que no hemos encontrado presentaciones amplias sobre la referida figura, por lo tanto acudiremos a la teoría general de los contratos para profundizar y sentar posición.

## **2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

A partir de los artículos 50 y siguientes de la Ley 222 de 1995, se consagra la constitución por suscripción sucesiva de la sociedad anónima; se trata de una innovación que introdujo el legislador con la idea de incentivar la inversión en las compañías de capitales. Sin embargo, dichas normas presentan algunas dificultades que no fueron resueltas al momento de su consagración y por tanto, se tienen que resolver acudiendo a la teoría de los negocios jurídicos.

Esta monografía estará encaminada a evidenciar estos conflictos, y a plantear nuestra posición al respecto. Los problemas más relevantes se refieren, en primer lugar, a la naturaleza del programa de fundación, pues para algunos autores constituye una verdadera oferta de contrato, mientras que para otros, se trata de una simple invitación. De la misma forma, el llamado contrato de suscripción de acciones, no es menos dificultoso, pues merece varias interpretaciones entre los diferentes tratadistas; unos sostienen que es precisamente la aceptación a la oferta, otros que se trata de un contrato de promesa y algunos cuantos mantienen la idea de que es un simple acto jurídico unilateral.

De igual forma es menester precisar que se ha discutido ampliamente sobre si el promotor de alguna forma se vincula o no con los inversionistas, cuando éstos suscriben acciones de la futura compañía, es decir si aquellos tienen vocación de obligarse por ser los gestores de la compañía de capitales.

Los autores colombianos han sido laxos y breves en desarrollar este tema, tal vez por la escasa utilización que ha tenido esta figura desde que entró en vigencia en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, habrá que acudir a la teoría de los negocios jurídicos para resolver las complicaciones que presenta la constitución sucesiva de la sociedad anónima al margen de la regulación vigente.

### **3. OBJETIVOS**

#### **3.1 OBJETIVO GENERAL**

Desarrollar un estudio puntual sobre la constitución de sociedades anónimas por suscripción sucesiva, recolectando elementos históricos, normas extranjeras sobre la materia y elaborando una presentación de la figura en cuestión, para luego resolver algunas preguntas que se formularán con ocasión del estudio del tema.

#### **3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS**

- Recopilar material normativo que permita realizar un estudio de derecho comparado entre la legislación colombiana en materia de constitución de sociedades anónimas por suscripción sucesiva con otros ordenamientos jurídicos.
- Elaborar la presentación del régimen de constitución de sociedades anónimas por suscripción sucesiva, presentando sus elementos, instrumentos y procedimientos necesarios para lograr la formación final de la compañía de capitales.
- Sentar posición sobre algunas dificultades como la naturaleza jurídica del programa de fundación, el folleto informativo, y el llamado contrato de suscripción.
- Presentar la estructura de la constitución de la sociedad anónima por suscripción sucesiva, esto es, la elaboración del prospecto, la promoción, el recaudo de los recursos y la formalización de ésta.

- Estructurar un material que pueda servir de consulta para el estudio del tema.

## **SEGUNDA PARTE**

## **CAPÍTULO I**

### **1. CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA POR SUSCRIPCIÓN SUCEIVA**

#### **1.1 ASPECTOS GENERALES**

El Código de Comercio colombiano consagra una sola forma o mecanismo de constitución de sociedades, el mecanismo conocido como “constitución simultanea” o “por acto único”. Este sistema supone que al momento de la constitución de la sociedad deban ingresar al haber social los aportes de capital o parte de éstos. En el caso de las sociedades anónimas el aporte del pago de las acciones se puede hacer de manera escalonada o bajo un plazo, siempre que éste no supere el año; y que además se cancele al momento de la constitución de la sociedad la tercera parte del capital suscrito.

Resulta entonces evidente una desventaja del sistema de constitución simultanea de la sociedad, pues con el surgimiento *ipso iure* de la persona jurídica de la sociedad nacen los atributos que la individualizan, además de sus derechos y obligaciones, lo que se traduce en un inconveniente para las sociedades que, ya constituidas, aún no han alcanzado a reunir el capital necesario para el desarrollo o la explotación del objeto jurídico y, por lo tanto, incurren en causal de disolución, de acuerdo al Numeral 2 del Artículo 218 del Código de Comercio.

Ante tal situación el legislador, mediante la expedición de la Ley 222 de 1995, ley que reformó el Código de Comercio con la intención de retornarle vigor al mercado accionario, a la inversión en sociedades anónimas y democratizar la propiedad de las mismas, implementó el mecanismo de la sociedad anónima por suscripción sucesiva de acciones regulada en los Artículos 49 a 60 de la Ley. Este sistema concede un periodo de tiempo durante el cual la persona

jurídica aún no ha surgido a la vida y que sirve para que los promotores logren reunir el capital o los recursos necesarios para desarrollar la futura empresa.

En el evento en que el promotor logre reunir dichos recursos la sociedad podrá formarse y surgir a la vida jurídica, previo el cumplimiento de los requisitos legales. Si los recursos no se logran reunir, no se tendría que acudir al proceso de disolución y liquidación propio del sistema de constitución simultánea, pues es obvio que no habrá que disolver y liquidar algo que aun no existe o que no ha surgido a la vida jurídica, sino simplemente restituir los pagos hechos por los suscriptores o inversionistas.

## **1.2 CONSTITUCIÓN SUCESIVA DE SOCIEDAD ANÓNIMA EN EL DERECHO COMPARADO**

En el derecho comparado se pueden distinguir dos sistemas de constitución de sociedades anónimas, el primero es la fundación simultánea o instantánea, llamada también unitaria o por asunción, que consiste en que los aportes de capital o una parte de ellos tienen que ingresar en el patrimonio de la sociedad en el mismo momento de la constitución. En contraste con lo anterior, la mayoría de los ordenamientos jurídicos de América Latina establecen la constitución por suscripción sucesiva, por grados, progresiva o suscripción pública, también identificada como fundación sucesiva o continuada, que se caracteriza por conceder un periodo de gestación en el cual la sociedad no se ha constituido ni surgido como persona jurídica, pero que le permite a los promotores realizar todos los actos preparatorios para que la sociedad sea viable, como conseguir los socios y recoger el aporte de los suscriptores, entre otros.

A continuación haremos un breve recuento de los principales ordenamientos que establecen dicha institución. En primer lugar empezaremos por analizar la suscripción sucesiva en los países de Centro América, y en segundo lugar, trataremos los países de Sur América.



### **1.2.1 Centro América.**

En los países de Nicaragua, Honduras, Costa Rica, México y El Salvador se consagra la figura de la constitución sucesiva de la sociedad anónima, mientras que ni en Panamá, ni Guatemala la estipulan.<sup>1</sup>

#### **1.2.1.1 Sobre el programa de suscripción.**

Igual que en nuestro país, en los países mencionados es necesaria la elaboración de un programa de fundación, el cual es redactado, organizado y publicado por los fundadores, figura que se asimila a los promotores en la legislación colombiana. Solo México<sup>2</sup> y Costa Rica<sup>3</sup> profundizan en el tema de los promotores, pues se refieren a los actos, responsabilidades y remuneraciones. Así mismo, en la mayoría de estos países es necesario realizar el depósito del programa de suscripción en el registro público de comercio.

#### **1.2.1.2 Sobre el aporte de capital.**

Tanto en Nicaragua<sup>4</sup>, México<sup>5</sup> y Honduras<sup>6</sup> es requisito necesario para proceder a la constitución de la sociedad suscribir íntegramente el capital; lo mismo ocurre en nuestra legislación.

En México<sup>7</sup>, Honduras<sup>8</sup> y El Salvador<sup>9</sup> el suscriptor debe depositar el dinero en una institución de crédito determinada por los fundadores; éste dinero será

---

<sup>1</sup> Ley General de Sociedades Mercantiles de México LGSM; Código de Comercio de Costa Rica; Código de Comercio de El Salvador; Código de Comercio de Nicaragua; Código de Comercio de Honduras.

<sup>2</sup> Art. 102 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México LGSM

<sup>3</sup> Art. 118, C. de Co. de Costa Rica.

<sup>4</sup> Art. 220, C. de Co. de Nicaragua.

<sup>5</sup> Art. 98 LGSM

<sup>6</sup> Art. 104, C. de Co. de Honduras.

<sup>7</sup> Art. 94 LGSM

<sup>8</sup> Art. 100, C. de Co. de Honduras.

<sup>9</sup> Art. 200, C. de Co. de El Salvador

entregado a los representantes de la sociedad una vez sea constituida. Mientras que la naturaleza de la entidad depositaria de las suscripciones no fue determinada por la Ley 222 de 1995.

Las legislaciones en México<sup>10</sup>, Honduras<sup>11</sup> y El Salvador<sup>12</sup> fijan un término de un año para que las acciones sean suscritas en su integridad. Sin embargo existe la posibilidad de pactar un término inferior. En Costa Rica<sup>13</sup> no existe plazo legal sino que el término debe ser fijado por los fundadores en el programa de suscripción.

Como requisito para convocar a la junta general o a la asamblea general constitutiva es necesario, en todos los países señalados, la suscripción de todas las acciones. En México<sup>14</sup>, Honduras<sup>15</sup>, Costa Rica<sup>16</sup> y El Salvador<sup>17</sup>, la ley es clara en indicar que si el capital no es íntegramente suscrito en el plazo establecido, los suscriptores quedarán retirados de su compromiso con la sociedad. En El Salvador, Costa Rica, Honduras y México si el suscriptor no paga el aporte los fundadores podrán exigir el pago judicialmente.

#### **1.2.1.3 Sobre la asamblea general o junta general.**

Respecto a la convocatoria de la asamblea o de la junta general, en el caso de México<sup>18</sup>, Honduras<sup>19</sup>, Costa Rica<sup>20</sup> y El Salvador<sup>21</sup> se establece un plazo de quince días para que los fundadores publiquen ésta una vez suscrito el capital. Es una constante en todos los países que en la convocatoria se enlisten todos los temas a tratar en la asamblea general constituyente.

---

<sup>10</sup> Art. 97 LGSM

<sup>11</sup> Art. 103 C. de Co. de Honduras

<sup>12</sup> Art. 203 C. de Co. de El Salvador

<sup>13</sup> Art. 113 C. de Co. de Costa Rica.

<sup>14</sup> Art. 98 LGSM

<sup>15</sup> Art. 104, C. de Co. de Honduras.

<sup>16</sup> Art. 114, C. de Co. de Costa Rica.

<sup>17</sup> Art. 204, C. de Co. de El Salvador.

<sup>18</sup> Art. 99 LGSM

<sup>19</sup> Art. 105 C. de Co. de Honduras

<sup>20</sup> Art. 115 C. de Co. de Costa Rica

<sup>21</sup> Art. 205 C de Co. El Salvador

Respecto a los aportes en especie en la mayoría de los países en cuestión, cuando se protocoliza el acta de la asamblea general constituyente o de la junta general, se formalizan dichas contribuciones. En el caso de Honduras<sup>22</sup>, los aportes en especie se deben transmitir en fideicomiso, previo a la asamblea constitutiva, para que posteriormente sean adjudicados en cabeza de la sociedad. Mientras que en Nicaragua<sup>23</sup> la legislación no establece nada respecto a la formalización de este tipo de aportes; sin embargo se señala que estas aportaciones serán representadas por acciones íntegramente pagadas.

Realizada la junta o la asamblea constitutiva debe procederse a la protocolización del acta que de aquélla resulta. En el caso de México y Honduras se requiere además de la protocolización, la inscripción del acta y de los estatutos en el respectivo registro público. En Costa Rica encontramos la inscripción del pacto en el registro mercantil. En Nicaragua la protocolización del acta de la junta general requiere de una autorización y certificación notarial, además de la consignación en la escritura pública del programa de fundación y los estatutos de la sociedad.

### **1.2.2 Sur América.**

Encontramos que la constitución por suscripción sucesiva ha sido consagrada por las legislaciones de Perú, Bolivia, Paraguay, Argentina, Uruguay, Brasil, Colombia, Venezuela y Ecuador<sup>24</sup>, siendo la excepción Chile.

#### **1.2.2.1 Sobre el programa de fundación o promoción.**

---

<sup>22</sup> Art. 101, C. de Co. de Honduras.

<sup>23</sup> Art. 225 C. de Co. de Nicaragua

<sup>24</sup> Ley General de Sociedades de Perú. (LGSP), Código de Comercio de Bolivia, Código Civil de Paraguay, Ley General de Sociedades de Argentina (Ley 19.550 - LGSA), Ley 16060 de Sociedades Comerciales de Uruguay, Código Civil Novo y Ley 6404 de 1976 de Brasil, Código de Comercio de Venezuela y Ley de Compañías de Ecuador (LCE).

Lo primero que hay que indicar es que no hay consenso en la denominación del proyecto de formación de sociedad; en algunos países como Perú<sup>25</sup>, Bolivia<sup>26</sup>, Paraguay<sup>27</sup>, Argentina<sup>28</sup>, Uruguay<sup>29</sup>, Brasil<sup>30</sup> y Colombia se le conoce como programa de fundación o constitución, mientras que en Ecuador<sup>31</sup> y Venezuela<sup>32</sup> se le llama escritura de promoción y prospecto, respectivamente.

A las personas que adelantan la constitución por suscripción sucesiva en algunos países se les llama fundadores<sup>33</sup>, mientras que en otros, como por ejemplo Colombia, se les denomina promotores<sup>34</sup>. En nuestro caso se elabora además un folleto informativo de promoción de acciones, como lo veremos más adelante.

En casi todos los países el programa debe ser firmado o suscrito por todos los promotores, hecho que tendrá trascendencia a la hora de determinar la naturaleza del acto de suscripción de acciones que realicen los inversionistas.

El programa debe depositarse en el registro mercantil del lugar del domicilio principal de la sociedad. La regla general es que no existe un plazo para el registro; sin embargo en Argentina<sup>35</sup> y Bolivia<sup>36</sup> sí se estipuló un término de quince días para adelantar la inscripción. Por otro lado, la legislación venezolana permite que el plazo sea fijado por los promotores.

#### **1.2.2.2 Sobre la asamblea general constitutiva.**

---

<sup>25</sup> Art. 56 de LGSP

<sup>26</sup> Art. 222 C. de Co. de Bolivia

<sup>27</sup> Art. 1053 C. C de Paraguay

<sup>28</sup> Art. 168 LGSA

<sup>29</sup> Art. 250 Ley 16060 Uruguay

<sup>30</sup> Art. 83 Ley 6404 de 1976

<sup>31</sup> Art. 149 LCE

<sup>32</sup> Art. 248 C. de Co. de Venezuela

<sup>33</sup> Fundadores, Art. 57 LGSP y Art. 84 Ley 6404 de 1976.

<sup>34</sup> Promotores, Art. 50 de Ley 222 de 1995, Art. 222 C. de Co. de Bolivia, Art. 149 LCE, Art. 168 LGSA, Art. 259 Ley 16060 Uruguay.

<sup>35</sup> Art. 168 LGSA

<sup>36</sup> Art. 223 C. de Co. de Bolivia

En Paraguay<sup>37</sup> la convocatoria debe hacerse dentro de los veinte días siguientes al cumplimiento del proceso de suscripción, a menos que se haya pactado algo distinto. En Ecuador, por su parte, se convoca con no menos de ocho días, ni con más de quince de anticipación, una vez que ha transcurrido el plazo para el pago de las suscripciones. En Perú, la asamblea se celebra en el plazo establecido en el programa y a falta de éste, en el que se señalen los promotores en la convocatoria. Pero la convocatoria debe hacerse con una anticipación no menor a quince días<sup>38</sup>.

En Argentina la convocatoria se debe dar después de que el término establecido para la suscripción haya expirado. La asamblea se celebrará con la presencia del banco encargado del recaudo de los aportes y quedará constituida con la mitad más una de las acciones suscritas<sup>39</sup>. Por su parte, en Bolivia los promotores convocarán a la junta general, una vez suscrito el capital requerido en el programa, la cual se celebrará, al igual que en Argentina, con la presencia de la institución que tiene el encargo de administrar los fondos, un funcionario de la dirección de sociedades y la concurrencia de por lo menos la mitad más una de las acciones suscritas<sup>40</sup>. En Uruguay se establece en el mismo contrato de suscripción la fecha y el lugar de celebración de la asamblea constitutiva; sin embargo ésta deberá llevarse a cabo dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo de suscripción<sup>41</sup>. En Venezuela la asamblea se convocará por parte de los promotores con ocho días de anticipación y a través de la prensa una vez que se reúna el capital necesario para constituir la sociedad<sup>42</sup>.

En Colombia el plazo para otorgar la escritura de constitución es de seis meses contados a partir de la celebración de la asamblea constitutiva. De no realizarse lo anterior durante el plazo requerido los suscriptores podrán exigir la

---

<sup>37</sup> Art. 1054 C. C. de Paraguay

<sup>38</sup> Art. 61 LGSP

<sup>39</sup> Art. 176 LGSA

<sup>40</sup> Art. 229 C. de Co. de Bolivia.

<sup>41</sup> Art. 262 Ley 16060 Uruguay.

<sup>42</sup> Art. 257 C. de Co. de Venezuela.

restitución del aporte con los frutos correspondientes y sin perjuicio de la responsabilidad del representante legal.

En otros países como Bolivia, Uruguay, Argentina, Brasil y Paraguay no se exige plazo legal para realizar la inscripción de la escritura en el registro público de comercio. En Perú este plazo opera dentro de los treinta días siguientes a la asamblea<sup>43</sup>.

### **1.2.2.3 Sobre la suscripción de acciones.**

En lo referente al plazo para la suscripción de acciones, en algunos países éste puede ser fijado libremente en el programa de fundación, mientras que en otros la ley lo establece expresamente, como por ejemplo Argentina<sup>44</sup> y Uruguay<sup>45</sup> es de 3 meses contados desde la inscripción del programa en el registro público de comercio y en Bolivia<sup>46</sup> no podrá exceder de seis meses contados a partir de la fecha de aprobación del programa.

Respecto a la forma como se perfecciona el contrato de suscripción de acciones, en la mayoría de países no se especifica si se debe otorgar escritura pública o si basta con documento privado. En algunos países deberá hacerse por medio de escritura privada autenticada. En Colombia solo se exige que sea por documento privado.

En algunos países se fija un plazo para el pago de la suscripción, por ejemplo, en Paraguay se fija un mes. Mientras que en otros, como Colombia, no se fija un plazo legal límite para realizar dicho depósito. El plazo deberá ser establecido por los suscriptores en el programa de fundación. Así mismo, en nuestro país el contrato de suscripción deberá además incluir las condiciones en que el suscriptor se obliga a pagar.

---

<sup>43</sup> Art. 66 LGSP

<sup>44</sup> Art. 171 LGSA

<sup>45</sup> Art. 261 Ley 16060 Uruguay.

<sup>46</sup> Art. 222 C. de Co. de Bolivia.

En lo restante de ésta monografía procederemos a realizar un estudio detallado de la institución de la sociedad anónima por suscripción sucesiva en la legislación colombiana, consagrada en los artículos 50 y siguientes de la Ley 222 de 1995, y primeramente a estudiar la figura de los promotores.

## CAPÍTULO II

### 2. LOS PROMOTORES.

#### 2.1 DEFINICIÓN

La Ley 222 de 1995 no consagró una definición para los promotores cuando se trata de la constitución sucesiva de la sociedad anónima; por lo tanto, habrá que acudir a la definición general, que establece el artículo 140 en los siguientes términos:

*“Son promotores quienes hayan planeado la organización de una empresa y presentado estudios técnicos de su factibilidad. Dichos promotores responderán solidaria e ilimitadamente de las obligaciones contraídas para constituir la sociedad y si ésta no se perfecciona, carecerán de toda acción contra los presuntos constituyentes”.*

Entonces, el promotor es la persona natural o jurídica que por iniciativa propia se encarga de idear, promover y cumplir con las formalidades legales en orden a buscar la formación de una compañía; así lo señala Francisco Reyes Villamizar en los siguientes términos: el promotor, al igual que el fundador del sistema francés, *“es la persona que toma la iniciativa de crear la sociedad, se encarga de reunir los socios y los capitales y de cumplir las formalidades legales necesarias para llegar a constituir la sociedad”*<sup>47</sup>

Igualmente el autor Enrique Gaviria Gutiérrez indica que *“los promotores son los gestores iniciales del proyecto o como bien lo dice el art. 140 del C. de Comercio, aquellos que han “planeado la organización de la empresa y presentado estudios técnicos de su factibilidad”; son pues quienes toman la*

---

<sup>47</sup> GEORGES RIPERT, Derecho comercial, t. II, “Sociedades comerciales”, Buenos Aires, Ediciones jurídicas Labor. 1988. Pág. 247. Citada por REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, Reforma al régimen de sociedades y concursos, segunda edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1999. Pág. 223.



*iniciativa y asumen la responsabilidad de poner en marcha el proceso y recorrer el camino diseñado para éste en la nueva ley*<sup>48</sup>

Por su parte el autor Rafael Bernal Gutiérrez dice: *“De conformidad con lo dispuesto en el art. 50 de la ley, corresponde a los promotores, a cuyo cargo está la puesta en marcha del proceso de fundación por suscripción sucesiva, la elaboración del programa de fundación y el folleto informativo, documentos base para e efecto”*<sup>49</sup>.

Según Antonio Brunetti, *“Los promotores son hombres de negocios o sociedades (en especial institutos de crédito) que actúan a su propio riesgo para la creación de la sociedad con la perspectiva de una cierta participación de los beneficios futuros”*<sup>50</sup>. Y continúa diciendo que *“no son representantes porque no se representa a un sujeto que todavía no existe, sino que tratan en nombre propio, de forma que cuando son varios, ha de formarse entre ellos un vínculo asociativo.”*<sup>51</sup>

El promotor, como ya hemos dicho, es la persona natural o jurídica que se ha encargado la tarea de idear y desarrollar todo el proceso de fundación de una sociedad, o ha tenido la original iniciativa de su creación. Tiene como propósito la materialización de la idea, realiza los trámites previos, los actos preparatorios y cargan con la responsabilidad por los actos anteriores a la constitución de la sociedad.

A su vez, pueden concurrir en un mismo proyecto de constitución de una sociedad varios sujetos que ostenten la calidad de promotores. Además, si así

---

<sup>48</sup> GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Nuevo Régimen de Sociedades, 1ra. Edición. Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. 1996. Pág. 26

<sup>49</sup> BERNAL GUTIERREZ, Rafael. La constitución de las sociedades anónimas por suscripción sucesiva, Reforma al Código de Comercio y otros temas, 1ra. Edición. Colegio de Abogados de Medellín, Cámara de Comercio de Medellín, Biblioteca Jurídica Dike. Medellín. Pág. 287

<sup>50</sup> BRUNETTI, Antonio. Clásicos del Derecho Societario: Sociedades Mercantiles. Editorial Jurídica Universitaria S.A. Pág. 292.

<sup>51</sup> Ibidem.

lo desean tienen la posibilidad de suscribir acciones de la sociedad que se espera que exista.

## **2.2 FUNCIONES DE LOS PROMOTORES**

La Ley 222 de 1995 no fue clara en establecer las funciones propias del promotor, lo cual representa un riesgo para los fundadores y terceros al ignorarse cuáles son las tareas que delimitan el actuar de estos sujetos y en este sentido se desconoce cuándo puede existir una desviación de poder.

El artículo 50 se limita a indicar que los promotores tienen como tareas elaborar el programa de fundación con el folleto informativo de promoción de las acciones objeto de la oferta, dejando de lado otras labores de gran importancia en la constitución de la sociedad anónima por suscripción sucesiva. A continuación trataremos de ampliar algunas de las funciones del promotor:

- a. Elaborar el programa de fundación y el folleto de promoción de las acciones (art. 50 L. 222/95): Esta es la principal función del promotor. Consiste en preparar todo el proyecto de constitución de la sociedad; para tal efecto debe indagar sobre la viabilidad de la idea, teniendo en cuenta todos los aspectos técnico, financiero, comercial y de cualquier otro orden.<sup>52</sup> Ambos documentos deben ser suscritos por cada uno de los promotores y por los representantes de las entidades que se encarguen de la colocación, de la emisión o del manejo de los recursos provenientes de la suscripción.<sup>53</sup>
- b. Ofrecer en términos generales el programa de fundación y el folleto de promoción de las acciones.

---

<sup>52</sup> BENETTI, Juli J. Reforma al Código de Comercio, Ley 222 de 1995. Constitución de la sociedad anónima por suscripción sucesiva. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá. 1996. Pág. 475.

<sup>53</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Ob. cit. Pág. 223.

- c. Exigir judicialmente el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los suscriptores o imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas (art. 53 L. 222/95 inc. final). Esta función presupone la constatación y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones de los suscriptores. Éste tema lo profundizaremos más adelante; basta decir que el promotor tiene a su cargo la recolección de los recursos, por intermedio de la entidad designada para tal efecto, y podrá acudir a la jurisdicción ordinaria para reclamar los aportes dejados de cancelar por los compradores.
- d. Informar oportunamente sobre el fracaso de la suscripción a la entidad encargada de hacer el recaudo (art. 54 L. 222/95 inc. final). En este caso el promotor cuenta con un término de cinco (5) días a partir del fracaso de la suscripción para informar a las entidades que se les ha encomendado el recaudo de los ingresos, so pena de responder solidaria e ilimitadamente ante los suscriptores por las obligaciones contraídas para la constitución de la sociedad.
- e. Convocar a la Asamblea General Constituyente de acuerdo a los requisitos exigidos en el programa de formación de la sociedad y en las leyes. (art. 56 L. 222/95).
- f. Elaborar y presentar informe de su gestión a la Asamblea General Constituyente para su aprobación (art. 58 Núm. 1 L. 22/95)
- g. Cumplir con las demás funciones especiales derivadas del contrato de mandato cuando el promotor no es fundador de la sociedad anónima.

Debido al olvido del legislador es recomendable establecer en el programa de fundación de la sociedad las funciones que debe desempeñar el promotor, a fin de identificar los límites que éste detenta en su actuar.

## **2.3 RESTRICCIONES DEL PROMOTOR**

La ley 222 de 1995 restringe a los promotores realizar algunas actividades en desarrollo de sus funciones. La primera la encontramos en el artículo 53 en el cual se establece que las sumas de dinero que los inversionistas se han obligado a suscribir no serán entregadas a los promotores, sino que serán consignados en la entidad destinada para administrar los recursos de acuerdo con el programa de fundación y el folleto informativo, es decir que los promotores no podrán disponer de los dineros ingresados por concepto de suscripción. En concordancia con lo anterior el artículo 55 estipula que no podrá disponerse de los aportes mientras no se otorgue la escritura pública de constitución de la sociedad salvo para cubrir los gastos necesarios para su constitución.

La segunda limitante la contempla el artículo 58 de la Ley 222 de 1995 en el inciso final; cuando los promotores también son suscriptores no podrán votar en la asamblea general constituyente sobre la aprobación de la gestión realizada por ellos mismos en desarrollo de las actividades como promotores.

Adicionalmente, hay que indicar que cuando se trata de promotores que actúan en virtud de un contrato de mandato tiene una prohibición general contemplada en el artículo 839 del Código de Comercio que dice lo siguiente: No podrá el representante hacer de contraparte del representado o contratar consigo mismo, en su propio nombre o como representante de un tercero, salvo expresa autorización del representado.

## **2.4 RESPONSABILIDAD DE LOS FUNDADORES Y PROMOTORES**

El legislador de 1995 determinó la responsabilidad de los promotores en los siguientes términos: *los promotores responderán solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas para la constitución de la sociedad, hasta la celebración de la asamblea general constituyente*. Al respecto hay que anotar

que éstos pueden responder frente a los suscriptores, la sociedad y los terceros con los que se haya contratado. Algunas legislaciones detallan con más cuidado los supuestos donde puede responder el promotor. Para efectos de profundizar sobre el tema vamos a recurrir al artículo 71 de la Ley General de Sociedades de Perú, en los siguientes términos:

*“Artículo 71 - **Responsabilidad de los fundadores.** En la etapa previa a la constitución los fundadores que actúan a nombre de la sociedad o a nombre propio, pero en interés y por cuenta de ésta, son solidariamente responsables frente a aquellos con quienes hayan contratado. Los fundadores quedan liberados de dicha responsabilidad desde que las obligaciones asumidas son ratificadas por la sociedad dentro del plazo señalado en el artículo 7. A falta de pronunciamiento de la sociedad dentro del citado plazo, se presume que los actos y contratos celebrados por los fundadores han sido ratificados. Adicionalmente los fundadores son solidariamente responsables frente a la sociedad, a los demás socios y a terceros:*

- 1. Por la suscripción integral del capital y por el desembolso del aporte mínimo exigido para la constitución;*
- 2. Por la existencia de los aportes no dinerarios, conforme a su naturaleza, características y valor de aportación consignados en el informe de valorización correspondiente; y,*
- 3. Por la veracidad de las comunicaciones hechas por ellos al público para la constitución de la sociedad.”*

Este artículo presenta en los tres numerales unas situaciones en las que se puede generar responsabilidad de los promotores frente a los suscriptores, los socios o terceros. Estos casos nos pueden servir de ejemplo para recrear algunos supuestos que se pueden desprender de la norma de la Ley 222 de 1995, a saber: por no cumplir con sus obligaciones consagradas en la ley y en el programa de suscripción, como buscar la integra suscripción del capital social y los desembolsos exigidos para la constitución de la sociedad.

Igualmente, por la exigencia de las aportaciones en especie, o la exactitud de las comunicaciones hechas por ellos para la constitución de la sociedad. Igualmente, se puede indicar que por la omisión o extralimitación de sus funciones, que puedan recaer en las obligaciones suscritas para la formación de la sociedad, el promotor puede responder de manera solidaria e ilimitada contra los suscriptores, socios y terceros.

Por otro lado, la responsabilidad de los promotores se extingue al momento de la celebración de la asamblea general constituyente y una vez que, en ella, sea aprobada la gestión de los promotores. Al respecto el autor Enrique Gaviria sostiene que *“Hay pues un espacio abierto, que va desde la celebración de la asamblea hasta el registro de la escritura, en el cual nadie responderá por las obligaciones contraídas, ni los promotores, porque su responsabilidad ya concluyó, ni la sociedad porque ésta aún no existe”*<sup>54</sup>

Esta afirmación no es correcta, ya que en la asamblea general constituyente se nombra al representante legal, al cual se le encarga, entre otras cosas, las tareas necesarias para terminar el proceso de formación de la sociedad, es decir, formalizar el contenido de la asamblea en la escritura pública y realizar el correspondiente registro mercantil. Así las cosas, si después de realizada la asamblea general constituyente, la formación de la sociedad fracasa, los suscriptores, socios o terceros afectados pueden ejercer una acción de responsabilidad contra el representante, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 222 de 1995.

En todo caso, queda por advertir, en primer lugar, que las mencionadas obligaciones no pueden ser exigidas en ningún caso a los suscriptores, y en segundo lugar, que esta situación se puede evitar estipulando en el programa de fundación que la responsabilidad del promotor va hasta el registro de la escritura pública constitutiva en la cámara de comercio.

---

<sup>54</sup> GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Ob. cit. Pág. 39

## 2.5 PROBLEMAS PRÁCTICOS

Un primer problema surge al preguntarnos qué tipo de contrato se celebra entre el promotor y el comprador o inversionista que está interesado en adherirse a la iniciativa del primero. El promotor lo que hace es preparar el camino para lograr la constitución de la sociedad, simplemente estimula a unas personas para que celebren un contrato de asociación, pero entre los suscriptores y el promotor no se genera ninguna relación contractual. Solo hasta que se cumpla con los requisitos exigidos en el programa de fundación, es decir se logre las cuotas mínimas de socios y capitales en el tiempo estipulado, se reúnen los inversionistas para constituir la sociedad anónima.

Otro problema práctico, que la ley no lo resuelve, se evidencia en la función que tiene el promotor para demandar judicialmente el pago de los aportes del suscriptor incumplido de acuerdo al artículo 53 de la Ley 222 de 1995, toda vez que no es claro en qué condición puede exigir el cumplimiento. Así, no puede como representante de la sociedad pues el ente aún no existe. Como ya se dijo tampoco hay un vínculo contractual entre el promotor y el suscriptor. Entonces, ¿En que carácter lo hace? Este es un problema complicado que no se puede resolver tan fácilmente. A nuestro entender, el promotor obtiene una legitimación extraordinaria o anormal, derivada de la consagración expresa de la norma referida. En este sentido “*el Interés en proponer la pretensión se desplaza del sujeto titular del derecho sustancial a otro*”<sup>55</sup>. En otras palabras el promotor no pretende para él sino para un tercero. Pero ¿ese tercero será la persona jurídica que está por nacer? En tanto no fracase el proceso de constitución de la sociedad subsiste la posibilidad de que exista, es decir, el derecho a exigir los aportes por parte de la sociedad está en suspenso hasta que el nacimiento se efectúe, y en tanto esto se mantenga el promotor estará legitimado en virtud de la ley para demandar los intereses del tercero que está por nacer.

---

<sup>55</sup> QUINTERO, Beatriz, PRIETO, Eugenio. Teoría general del proceso, tomo II. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1995. Pág. 81.

## 2.6 REMUNERACIÓN

La Ley 222 de 1995 no estableció específicamente el régimen de remuneración de los promotores, por lo tanto hay que acudir al artículo 141 del Código de Comercio que estipula dos formas para compensar los servicios prestados: por un lado, mediante la participación en las utilidades líquidas, que no podrá exceder del 15% de las mismas ni del término de 5 años contados a partir del primero que registre utilidades. Por otro lado, mediante la concesión de un privilegio económico asignado a las acciones que suscriban los promotores, consistente en la participación sobre las utilidades, con los mismos límites para la primera opción.

Puede entenderse del artículo mencionado que al promotor no se le puede pagar, por concepto de remuneración por los servicios prestados, con partes de interés, cuotas o acciones, toda vez que se contempla una cláusula de ineficacia para cualquier estipulación que contraría la norma. Sin embargo, nada impide que los promotores o fundadores adquieran acciones de la futura sociedad con sus propios recursos (acciones pagadas en dinero u otros bienes tangibles), o que liberen capital con los rendimientos obtenidos como contraprestación.

Entonces, según Enrique Gaviria Gutiérrez “...si los promotores no suscriben acciones, su labor queda remunerada con una especial participación sobre las ganancias, que no supere los límites dichos; y si las suscriben, se les acreditará igual participación, pero dándole la forma jurídica de un privilegio, del cual disfrutarán las acciones tomadas por ellos, en forma adicional a los dividendos ordinarios que a éstas correspondan”<sup>56</sup>.

A lo anterior, es menester formular la siguiente pregunta: si la Ley 222 de 1.995 no dice nada sobre la remuneración del promotor, ¿la estipulación de dichos honorarios quedan atados a lo que diga el artículo 141 del Código de Comercio

---

<sup>56</sup> GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Ob. cit. Pág. 30



o hay libertad para establecerlos en el programa de fundación? Para nosotros nada impide que la contraprestación del promotor por los servicios prestados pueda ser estipulada de forma diferente a la contemplada en la norma referida en el programa de fundación, por ejemplo, pagándole con dinero sustraído de los aportes con cargo a los gastos necesarios para la constitución de la sociedad, de conformidad con el artículo 55 de la Ley 222 de 1995, parte final. Es decir, la remuneración constituiría un gasto esencial para la formación de la compañía.

En todo caso, la forma de remuneración a los promotores deberá estar expresamente contemplada en el programa de fundación de la futura sociedad, tal como lo establece el artículo 51 numeral 7 de la Ley 222 de 1995<sup>57</sup>; además se deberá estipular en los estatutos la participación de los promotores en las utilidades líquidas o los privilegios que tendrán las acciones tomadas por ellos.

---

<sup>57</sup> Dicha norma presenta complicaciones en su interpretación tal como se indica en el punto 3.1.2.

## CAPÍTULO III

### 3. PROGRAMA DE FORMACIÓN DE LA SOCIEDAD Y FOLLETO INFORMATIVO DE PROMOCIÓN DE LAS ACCIONES.

#### 3.1 PROGRAMA DE FUNDACIÓN

##### 3.1.1 Naturaleza.

Ha sido ampliamente debatida la naturaleza del programa de formación de la sociedad<sup>58</sup>. Algunos autores consideran que se trata de un acto jurídico unilateral de oferta de negocios, mientras que para otros dicho documento no se puede considerar como una verdadera oferta de contrato. Para autores como Rafael Bernal Gutiérrez, Francisco Reyes Villamizar y Enrique Gaviria Gutiérrez, el programa de fundación constituye un verdadero negocio jurídico unilateral de oferta de contrato, de tal forma que a continuación se transcribe lo qué sobre el particular afirma cada uno de los tratadistas enunciados:

El Doctor Rafael Bernal Gutiérrez ha sostenido: *“Nuestra normatividad no trae ninguna alusión al respecto<sup>59</sup> pero, en mi entender y si nos atenemos a la función que, como veremos, cumple el programa dentro del trámite de la constitución por suscripción sucesiva, no cabe la menor duda que se trata de una oferta de contrato a la cual se responde con la manifestación de adhesión expresada a través del contrato de suscripción del pretenso accionista<sup>60</sup>”*.

---

<sup>58</sup> En el derecho comparado se ha discutido la naturaleza del programa de fundación, tal como lo presenta el doctor Rafael Bernal Gutiérrez en los siguientes términos: “No se encuentra uniformidad en derecho comparado entre los autores, respecto de la naturaleza jurídica del programa de fundación, fecunda en especial ha sido la discusión entre los autores españoles. Para Joaquín Garrigues y para Rubio el programa constituye una verdadera oferta de contrato y consecuentemente los promotores quedan vinculados por el hecho de su publicación. Girón, por su parte, mantiene que se trata de una simple invitación al público para que formule propuestas de contrato, evento en el cual la oferta serán las suscripciones que se realicen. De la Cámara por su parte, afirma que ni el programa ni las sucesivas suscripciones son verdaderas ofertas de contrato. Manuel Broceta, entiende el programa como una verdadera oferta”. BERNAL GUTIERREZ, Rafael. Ob. cit. Pág. 289

<sup>59</sup> Se refiere el autor a la naturaleza del programa de fundación.

<sup>60</sup> BERNAL GUTIERREZ, Rafael. Ob. cit. Pág. 289.

En el mismo sentido, el Doctor Francisco Reyes Villamizar afirma: *“...el programa de fundación constituye un acto jurídico unilateral de oferta dirigido a los posibles suscriptores de las acciones en que habrá de dividirse el capital de la sociedad.”*<sup>61</sup>.

Igualmente, Enrique Gaviria Gutiérrez señala que el programa de fundación es *“una oferta en firme que contiene los diversos aspectos de carácter jurídico económico atinentes a la suscripción propuesta, a la sociedad que de ella ha de resultar y al itinerario que deberá ser recorrido para pasar con éxito de la primera a la segunda”*<sup>62</sup>

Contrario a la posición que sostienen estos autores, nosotros pensamos que el programa de fundación de la sociedad anónima no alcanza a configurar los requisitos de la oferta; por lo tanto, consideramos, se trata de una simple invitación por parte de los promotores o fundadores al público general para celebrar un negocio de asociación.

Con el objeto de sustentar nuestra posición con argumentos y fundamentos más sólidos acudimos, en primer lugar, al tema de la formación de los contratos en la teoría general del negocio jurídico. En tal sentido, dentro de los actos preliminares al contrato encontramos la oferta, regulada en el artículo 845 del Código de Comercio, que ha sido entendida como un acto jurídico unilateral dirigido al perfeccionamiento de un contrato, la cual debe contener todos los elementos esenciales del negocio jurídico que se quiere celebrar y ser comunicada al destinatario.

Así, la oferta debe cumplir unos requisitos, sin los cuales la manifestación de voluntad degeneraría en una simple invitación, a saber: a) Que exista una declaración de voluntad, b) que esté encaminada a la celebración de un negocio jurídico, y c) que sea completa.

---

<sup>61</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Ob. cit. Pág. 224.

<sup>62</sup> GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Ob. cit. Pág. 28.

Pues bien, el programa de fundación de la futura sociedad no puede entenderse como una manifestación de voluntad de quien lo emite, que es precisamente el promotor, pues éste inicialmente no tiene vocación de obligarse en el negocio jurídico que se pretende celebrar. La declaración que hace el promotor con el prospecto no tiende a vinculaciones contractuales, es decir, la invitación que éste dirige a terceros y a favor de ellos mismos, no lo vincula con los futuros suscriptores. Entonces, éste debe estar dispuesto a sujetarse jurídicamente al contrato en el evento de que el destinatario la acepte, lo que no ocurre en el instrumento en estudio. En el mismo orden de ideas, la propuesta que hace el promotor a los inversionistas está sujeta a la confirmación, por este mismo, de que sí se va a constituir la sociedad anónima, lo cual no es posible en la oferta.

Con respecto al contenido de la oferta, la propuesta debe ser de tal manera, que con la mera aceptación del negocio jurídico quede perfecto<sup>63</sup>, esto quiere decir que la oferta se debe integrar por todos los elementos esenciales del negocio jurídico que se espera celebrar. El programa de fundación, por su parte, debe cumplir con el lleno de unos elementos mínimos contemplados en el artículo 51 de la Ley 222 de 1995, que están orientados a garantizar la información básica del proyecto, es decir, las estipulaciones mínimas que debe contener el prospecto, incluyendo los elementos esenciales del contrato de sociedad, pues dentro de dichas estipulaciones está contemplado la inclusión de un proyecto de los estatutos, pero lo anterior no significa que estemos en presencia de una oferta, la idea es brindarle a los futuros accionistas toda la información necesaria sobre la iniciativa de formar una compañía, precisamente para que puedan tomar una decisión sobre la conveniencia de la inversión. Además, por tratarse de un prospecto puede estar sujeto a cambios por los futuros accionistas en la asamblea general de constitución, como por ejemplo el objeto social, lo cual no es posible en la oferta.

---

<sup>63</sup> Esto tratándose de negocios jurídicos consensuales, ya que cuando son solemnes en todo caso quedará pendiente para el perfeccionamiento del contrato que se cumpla la solemnidad.

En la misma línea de análisis y en la búsqueda de otro argumento, que descarta la calidad de oferta del programa de formación, encontramos el artículo 847 del Código de Comercio, que se refiere a las propuestas dirigidas a personas indeterminadas, es decir, al público en general, y que no obligan al que la emite. Dice la norma que no es obligatoria la oferta cuando se dirige en circulares, prospectos o cualquier especie similar de propaganda escrita. Es precisamente lo que ocurre con la figura que estamos analizando, pues va dirigida al público en general y su objetivo no es otro que mostrar el plan de negocios de la compañía que se espera constituir, para poder atraer inversionistas y capitales.

Es pertinente anotar que el artículo 1.2.1.4 de la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, hoy Superintendencia Financiera, estipula un requisito cuando se efectúe una invitación para participar como accionista en una sociedad que se encuentre en proceso de constitución y que de acuerdo a las personas que se dirija pueda ser considerada como pública, que consiste, precisamente, en la autorización previa expedida por la Superintendencia Financiera. Para efecto de determinar qué se entiende por pública, la norma remite al artículo 1.2.1.1 del mismo Estatuto, referente a la definición de oferta pública de valores. Este punto es el que nos interesa para el propósito de éste acápite, pues si bien a la invitación dirigida al público general mediante el programa de fundación se le extiende los requerimientos de las referidas normas, aún así, no se puede entender como negocio jurídico de oferta, pues la referida norma indica que se trata de una invitación, dirigida de forma masiva a los inversionistas en general para que participen en una sociedad anónima en proceso de constitución, y por este motivo, se requiere de la autorización del órgano de vigilancia y control; sin embargo, ni los promotores ni la entidad encargada de la emisión tiene vocación de obligarse con el suscriptor. En el mismo orden de ideas, tampoco los inversionistas adquieren, por el solo hecho de realizar el acto jurídico de suscripción, el carácter de accionista.

### **3.1.2 Contenido del programa de fundación.**

El artículo 51 de la Ley 222 de 1995 establece expresamente los elementos mínimos que debe contener el programa de fundación; como ya se dijo anteriormente están orientados a garantizar la información esencial sobre la iniciativa de formar la compañía. Las condiciones mínimas que debe contener dicho programa, lo cual no impide que se puedan adicionar otras cláusulas adicionales.

El programa de fundación consta de los siguientes puntos:

- a. El nombre, nacionalidad, identificación y domicilio de todos los promotores.
- b. El proyecto de los estatutos. Debe contener como mínimo los elementos contemplados en el artículo 110 del Código de Comercio para la constitución de la sociedad comercial.
- c. El número, clase y valor nominal de las acciones. Este punto puede resultar redundante en el proyecto de formación, ya que todos estos asuntos forman parte de los estatutos.
- d. El monto mínimo al que deberá ascender el capital suscrito, el número de emisiones, el plazo, y demás condiciones para la suscripción de acciones y el nombre de la entidad donde los suscriptores deben pagar la suma de dinero que están obligados a entregar para suscribirlas.

Este punto es de especial importancia en el programa de fundación, ya que establece las condiciones mínimas que deben buscar los promotores para formar la sociedad, es decir, si no se logra obtener el recaudo de dinero requerido, en el plazo estipulado, entre otros requerimientos, se deberá descartar la constitución de la compañía

futura, y por lo tanto verse inmerso en el fracaso del proceso, de conformidad con el artículo 54 de la Ley 222 de 1995.

- e. Si se proyectan aportes en especie, se deberá indicar las características de los respectivos bienes y las condiciones para su recibo.
- f. Se indicará la forma de hacer la convocatoria para la asamblea general constitutiva y las reglas conforme a las cuales deba celebrarse, es decir, lo relacionado con el quórum, lugar, etc.
- g. La participación concedida a los promotores, si fuere el caso. Este numeral presenta una dificultad en la interpretación, pues da la impresión que al promotor se le puede reconocer participación accionaria como contraprestación. Como ya se dijo, solo se puede remunerar de dos formas: con la especial participación sobre las ganancias líquidas, si éstos no suscriben acciones, o con la concesión de un privilegio económico asignado a las acciones que hayan suscrito.
- h. Por último, se indicará en el programa la forma como deberán manejarse los rendimientos provenientes del capital aportado y los gastos en que incurran los promotores.

### **3.1.3 Formalidades.**

El programa de promoción debe ser suscrito por todos los promotores, es decir que requiere de la firma de todos ellos, además de la inscripción en la cámara de comercio del lugar donde se va a fijar el domicilio de la sociedad, de conformidad con el artículo 50, inciso final de la Ley 222 de 1995. Igualmente si se trata de una invitación considerada como pública, en virtud del artículo 1.2.1.4 de la Resolución 400 de 1995, como ya se dijo, será necesaria la autorización de la Superintendencia Financiera.

### 3.2 FOLLETO INFORMATIVO

De acuerdo con el artículo 50 de la Ley 222 de 1995, el folleto informativo deberá ser elaborado y suscrito por los promotores; adicionalmente también deberá llevar la firma de los representantes de las entidades que se encarguen de la colocación de la emisión o del manejo de los recursos provenientes de los aportes pagados por los suscriptores, que como veremos más adelante podrán ser manejados por cualquier entidad financiera. De la misma manera que ocurre con el programa de fundación, el folleto informativo debe inscribirse en la cámara de comercio correspondiente al lugar donde se vaya a establecer el domicilio principal de la futura sociedad.

Sobre la naturaleza del folleto informativo, Reyes Villamizar afirma que se trata de un documento de naturaleza promocional, pues contiene las especificaciones generales del proyecto. El folleto constituye entonces una presentación de carácter técnico, en la cual se exponen los aspectos económicos, financieros y contables, con el propósito de promover la venta de las acciones, al justificar la viabilidad y proyección de la futura sociedad. Señala igualmente Reyes Villamizar, que aunque el folleto informativo constituya un documento promocional, no por ello es menos serio y comprometedor para los promotores, pues las falsedades, inexactitudes o errores graves contenidos en el folleto, pueden dar lugar a sanciones civiles y hasta penales, de acuerdo con artículo 43 de la Ley 222 de 1995.<sup>64</sup>

De igual manera, para el autor Enrique Gaviria Gutiérrez el folleto informativo no constituye un documento legal sino un documento de naturaleza informativa o publicitaria<sup>65</sup>. Así mismo, para Rafael Bernal Gutiérrez, *“es el programa de fundación el que realmente constituye o hace las veces de la oferta en sí misma y el folleto se constituye tan sólo en el elemento que sirve para publicitarla.”*<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> REYES VILLAMIZAR, FRANCISCO, Ob. cit. Pág. 224.

<sup>65</sup> GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Ob. cit. Pág., 27.

<sup>66</sup> BERNAL GUTIERREZ, Rafael. Ob. cit. Pág. 292.



Se trata pues de un documento de carácter promocional o publicitario, que no pretende vincular a quien lo realiza, es decir al promotor con los inversionistas, pero que sí debe guardar fidelidad con la realidad, so pena de la responsabilidad civil o penal a que los promotores puedan ser sometidos.

En relación con el contenido del folleto informativo, la Ley 222 de 1995 no hizo ningún señalamiento al respecto. En lo tocante con el tema Rafael Bernal Gutiérrez, acudiendo al artículo 49 de dicho Estatuto que hace una referencia de manera expresa y general a la normatividad que regula lo concerniente a la oferta pública. Afirma que el documento en estudio podría asimilarse al prospecto de colocación de acciones, cuyos elementos se encuentran indicados en el artículo 1.2.2.2 de la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, hoy la Superintendencia Financiera, ya que, según él, *“el prospecto de colocación de acciones pareciera ser en cuanto a su función y objetivos lo mismo que el folleto informativo”*<sup>67</sup>. Acto seguido el autor aclara lo siguiente: *“Obviamente, teniendo en cuenta que dado que la sociedad no se ha constituido, esta circunstancia impedirá incluir varios de los datos allí solicitados, quedando a salvo, no obstante, la posibilidad que la Superintendencia de valores exija mayores informaciones o datos adicionales o sustitutivos de aquellos que por la circunstancia anotada no puedan suministrarse.”*<sup>68</sup>

Sin embargo, no debemos olvidar que la Resolución 400 de 1995, cuando habla del prospecto de colocación de acciones, se refiere a la oferta pública que hace una sociedad ya constituida, sobre unas acciones existentes. Mientras que respecto a la constitución por suscripción sucesiva, el folleto informativo promueve la suscripción de acciones de una sociedad que aun no se ha constituido, y que por lo tanto, no ha emitido acciones, por ello no se pueden equiparar.

---

<sup>67</sup> Ibidem. Pág. 291

<sup>68</sup> Ibidem. Pág. 291.

A nuestro entender el folleto informativo constituye un documento de carácter publicitario, que contiene aquella información mínima técnica, financiera, económica y legal de la sociedad que se va a constituir, y que puede resultar de importancia para determinar el interés de los inversores en la participación de la futura compañía. Se trata pues de un documento que acompaña el programa de fundación y que resume todo el contenido de éste último.

El folleto de promoción en la práctica, tiene la tarea de facilitarle al inversionista el estudio del proyecto, es decir, que el comprador pueda contar con la información esencial de la idea. Por esta razón, éste documento constituye la carta de presentación de la iniciativa. Así las cosas, es razonable que no exista la exigencia de estipular los elementos que deben integrar el folleto, pues le da la libertad al promotor de incluir los puntos más relevantes y atractivos del programa de fundación, a fin de buscar clientes potenciales.

## CAPÍTULO IV

### 4. CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN

#### 4.1 CONCEPTO

La Ley 222 de 1995 no definió el contrato de suscripción sucesiva cuando se refirió a la constitución sucesiva de una sociedad anónima, sin embargo el Código de Comercio estableció el contrato de suscripción de acciones en su artículo 384 de la siguiente forma:

*“La suscripción de acciones es un contrato por el cual una persona se obliga a pagar un aporte a la sociedad de acuerdo con el reglamento respectivo y a someterse a los estatutos. A su vez, la compañía se obliga a reconocer la calidad de accionista y a entregarle el título correspondiente”.*

El artículo referido hace alusión a un contrato que celebra una persona con una sociedad anónima ya constituida, en virtud del cual, la primera se obliga a pagar un aporte por las acciones suscritas y la segunda a reconocerle el derecho de participación en la sociedad. Por lo tanto no se puede aplicar ésta definición al contrato de suscripción de la Ley 222 de 1995, ya que la sociedad aún no existe; además por el sólo hecho de celebración del contrato no adquiere el carácter de accionista, pues será necesaria la asamblea general constitutiva y el otorgamiento de la escritura pública para que surja el contrato de sociedad anónima. De igual forma, los compradores no tienen que someterse inmediatamente a los estatutos, pues aquellos pueden aprobar o modificar el contenido propuesto en el programa de fundación, en la reunión de la asamblea general constituyente, conforme al artículo 58 numeral 2 de la Ley 222 de 1995, mientras que en el contrato de suscripción del código de comercio, el suscriptor queda sometido a los estatutos sociales. Queda claro

entonces que no puede asimilarse la figura del Código de Comercio a la que trae la Ley 222 de 1995.

Adicionalmente, el contrato de suscripción sucesiva de acciones no es consensual, como sí lo es el contrato de suscripción del Código de Comercio, toda vez que el artículo 52 de la Ley 222 de 1995 exige que tenga que celebrarse por escrito y fija los elementos mínimos de dicho contrato.

## **4.2 NATURALEZA DEL CONTRATO DE SUSCRIPCIÓN SUCESIVA**

Para revelar la naturaleza del “contrato de suscripción” de la Ley 222 de 1995, los autores han formulado diferentes posiciones sobre la materia; para algunos se trata de un auténtico contrato, mientras que para otros estamos en presencia de un acto jurídico unilateral. A continuación pasaremos a sintetizar algunas opiniones en relación con esto, para luego exponer nuestras consideraciones al respecto.

### **4.2.1 Autores Colombianos.**

Para el autor colombiano Julio J. Benetti la suscripción tiene un carácter contractual. Esto se aprecia cuando menciona que *“A medida que van colocándose las acciones, con los suscriptores se celebran por escrito –a diferencia de los que se efectúan durante la vida social, que son consensuales– contratos de suscripción de las acciones”*<sup>69</sup> y continúa diciendo que *“las acciones se pagan en la entidad escogida al efecto (artículo 53), conforme a lo establecido en el contrato de suscripción.”*<sup>70</sup>

Aunque este autor considera la suscripción de acciones como un contrato, no ofrece una explicación sobre cómo se consuma dicha figura, pues no indica quién o quiénes hacen las veces de contraparte de los suscriptores o quién o quiénes manifiestan la voluntad o el consentimiento de obligarse con éstos.

---

<sup>69</sup> BENETTI, Julio J. Ob. cit. Pág. 476

<sup>70</sup> Ibidem. Pág. 477.

Por su parte, Francisco Reyes Villamizar, en la Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos, no se refiere a la suscripción como un contrato, sino como un simple acto jurídico, en los siguientes términos: *“La suscripción de los títulos debe siempre constar por escrito. Es esta una solemnidad ad substantiam actus, cuya omisión, según las reglas generales, acarrea la inexistencia del respectivo acto jurídico.”*<sup>71</sup> Prescinde entonces Reyes Villamizar de abordar con profundidad el tema de la naturaleza del acto de suscripción, para señalar, sólo de manera general, que se trata de un acto jurídico.

Para el autor Rafael Bernal Gutiérrez, citando a Vivante, se trata de un contrato de suscripción, en el cual se encuentra el título auténtico de las obligaciones de los socios y que, a diferencia del evento de la constitución simultanea dicho título se encuentra en la escritura pública.<sup>72</sup>

Para Enrique Gaviria Gutiérrez los contratos de suscripción que se celebran con los inversionistas no tienen realmente un carácter contractual, pues en la legislación no está prevista la exigencia de un consentimiento recíproco que llegue a vincular a cada suscriptor con los demás (El numeral 7 del Artículo 52 de la Ley 222 sólo exige que el “contrato” sea firmado por el suscriptor). Tampoco puede decirse, según este autor, que la convención se forme entre la sociedad y los suscriptores y que los promotores sean la contraparte de los suscriptores:

*“Aunque la ley habla sin reato de contratos de suscripción, es evidente que estos actos no tiene carácter contractual puesto que no está prevista la exigencia de un consentimiento recíproco que llegue a vincular a cada suscriptor con los demás, lo cual sería muy poco práctico y porque,*

---

<sup>71</sup> REYES VILLAMIZAR, Francisco. Ob. cit. Pág., 225.

<sup>72</sup> CESAR VIVANTE, Derecho Mercantil, t. II, Editorial Reus, Madrid, Pág. 162. Citada por BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. Ob. cit. Pág. 292.

*adicionalmente, no puede hablarse de que la convención se forme entre la sociedad y los suscriptores, pues aquella aún no existe. (...)*

*(...) Tampoco podría considerarse correcto colocar a los promotores como contraparte de los suscriptores, primero, porque no tienen necesariamente la condición de socios y, por ende, de contratantes, y segundo porque no puede decirse que obren a nombre de la sociedad, pues resulta imposible ser representante y ni siquiera agente oficioso de quien no es aún persona.”<sup>73</sup>*

Resulta entonces que, para Gaviria Gutiérrez, el llamado contrato de suscripción no es más que una “declaración unilateral de voluntad”, sometida a la condición resolutoria de que la sociedad no se constituya.

#### **4.2.2 Brunetti, el acto de suscripción es un contrato.**

Con la idea de profundizar en el tema, acudiremos al texto clásico de Sociedades Mercantiles de Antonio Brunetti, que pese a su antigüedad, los planteamientos que hace sobre la constitución de sociedades anónimas por suscripción sucesiva, son realmente útiles para dilucidar la naturaleza del acto jurídico que se examina.

Para Antonio Brunetti es claro que los promotores no son simples intermediarios, sino, por el contrario, contratantes con los suscriptores del programa de fundación elaborado y presentado por aquellos. Las razones o argumentos que lo llevan a afirmar lo anterior son dos: la primera, indica que la asamblea no tiene la facultad para admitir, rechazar o limitar las suscripciones, sino para declarar la existencia de las condiciones exigidas para la constitución de la sociedad; y la segunda, que transcurrido el término para el pago de las tres décimas, los promotores están autorizados para dirigirse contra los suscriptores morosos y lograr el pago o para liberarles.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Ob. cit. Pág. 31

<sup>74</sup> BRUNETTI, Antonio, Clásicos del Derecho Societario: Sociedades Mercantiles. Editorial Jurídica Universitaria S.A. México, 2001. Pág., 289, 290.

Al indagar sobre la naturaleza del acto de suscripción expone lo siguiente:

El programa que elaboran y presentan los promotores con sus firmas autenticadas, se deposita ante un notario y se hace público. Los suscriptores se adhieren al mismo mediante acto igualmente autenticado ante notario, después de lo cual los promotores “invitan” al pago de las décimas. Nótese cómo Brunetti llega a una aparente contradicción, al manifestar que los promotores *invitan* a los suscriptores al pago de las acciones. Lo cual indicaría que no se trata de un contrato, del cual se genera la obligación para los suscriptores del pago de éstas, sino más bien de una invitación que dirigen los promotores hacia estos últimos. Sin embargo, puede pensarse que es sólo una manera de referirse a la relación contractual entre promotores y suscriptores.

Cuando se verifique el desembolso, siguiendo a Brunetti, y se suscriba la totalidad del capital requerido para la constitución de la sociedad, los promotores convocaran a la asamblea constituyente. Por ello, resulta evidente para Brunetti que *“entre promotores y suscriptores, a base de la proposición del programa, se perfecciona un contrato bilateral (no unilateral, como sostiene Gierke, Lehmann, Vivante, etc.), en el que la prestación prometida por estos últimos consiste en el pago de las tres décimas y, la de los promotores, en el desarrollo de la actividad necesaria para llegar a la asamblea constituyente sin revocar el ofrecimiento contenido en el programa.”*<sup>75</sup>

Para Brunetti este contrato, que es preparatorio de la sociedad, lo denomina contrato de suscripción accionaria, donde cada suscriptor forma un vínculo contractual propio con los promotores. Este contrato de suscripción se concluiría *“bajo la condición suspensiva de la aprobación de la asamblea constituyente, es decir, de la suscripción de todo el capital indicado en el programa.”*

---

<sup>75</sup> Ibidem. Pág. 290.

Al final señala Brunetti la posibilidad de considerar la suscripción accionaria como un contrato a favor de un tercero, pues *“es evidente que el contrato es a favor de la sociedad porque ésta está obligada a relevar a los promotores de las obligaciones asumidas y a reembolsarles los gastos realizados. No es obstáculo para ello el hecho de que en el momento de la estipulación, la sociedad todavía no existe, porque el derecho del tercero está ya fundamentado cuando el contrato ha sido concluido, sólo que su eficacia ha quedado diferida al momento en que el tercero (la sociedad) se concretará. Debe prescindirse de que el derecho de la sociedad a las aportaciones de los suscriptores se derive de la ley, a base del acto constitutivo.”*<sup>76</sup>

Deja pues, claro, este autor, su consideración de que el acto de suscripción es de naturaleza contractual y podría considerarse un contrato a favor de una tercera persona, la futura sociedad. Sin embargo habría que decir que el promotor no solo contrataría en beneficio de la tercera persona, la futura sociedad, sino que, y generalmente ocurre así, el promotor realiza su trabajo de promoción y suscripción pensando en su propio beneficio, pretendiendo formar parte de la sociedad como uno más de los suscriptores o recibiendo, si es estipulado en el programa de fundación, una remuneración.

#### **4.2.3 Contrato de suscripción como contrato de opción.**

Se plantea la posibilidad de asimilar el llamado contrato de suscripción a la figura de la opción. La opción está consagrada en el Artículo 23 de la Ley 51 de 1918, así: La opción impone al que la concede la obligación de cumplir su compromiso. Si la opción no estuviera sometida a un término o a una condición será ineficaz. La condición se tendrá por fallida si tardare más de un año en cumplirse. Las partes pueden ampliar o restringir este plazo.

La opción ha sido principalmente utilizada como una cláusula contractual por quien la concede, para obligarse a celebrar un negocio jurídico en un futuro

---

<sup>76</sup> Ibidem. Pág. 292.



frente a la persona a quien fue concedida. Un ejemplo típico de esta figura, ha sido la cláusula de opción que se concede dentro del contrato de préstamo sobre los derechos deportivos que poseen los Clubes de Fútbol sobre sus jugadores. El club dueño de los derechos deportivos concede una opción de compra, que puede ser ejercida por el otro club, una vez se venza el contrato de préstamo. También encontramos la opción de compra en el contrato de leasing, pero esta vez como un elemento esencial de dicho contrato, en el que una parte entrega a otra, a título de alquiler, unos bienes para destinarlos a determinada actividad, con la opción para el arrendatario de poder adquirirlos una vez se venza el plazo del arrendamiento.

Sin embargo, nada se opone a que el la opción se configure, no como una cláusula contractual, sino como un contrato autónomo. En este evento se trataría de un contrato o negocio jurídico de carácter unilateral, pues sólo una de las partes, el que concede la opción, quedaría obligada frente a la otra.<sup>77</sup>

Respecto a la similitud de la opción con el acto de suscripción de acciones, podríamos pensar, en primera medida, que la opción es concedida por parte del promotor hacia el suscriptor y consistiría en que aquel se comprometiese a celebrar un negocio jurídico en un futuro, el contrato de sociedad. ¿Que problemas encontraríamos aquí? El promotor, como ya lo hemos señalado en otro acápite, elabora y suscribe el folleto informativo y el programa de suscripción, sin el propósito o la intención de obligarse con el suscriptor, ni con el propósito de celebrar con él un futuro negocio jurídico o un contrato de sociedad.

Podríamos encontrar una salida a este problema, si dijéramos que el promotor suscribe acciones, es decir, si el promotor fuera a ser un socio de la futura sociedad anónima, mediante la suscripción de acciones del proyecto que él mismo ha elaborado. Pero esto no siempre será así. El promotor no está obligado a participar en la futura sociedad que está gestando. Por lo tanto,

---

<sup>77</sup> SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, tomo II, segunda edición. Editorial Legis S.A. Bogotá. 2004, Pág. 129.

puede darse el caso de que el promotor suscriba acciones y participe como socio en la futura sociedad, caso en el que podría hablarse de que él sí estaría concediendo una opción al suscriptor. Pero también podría darse el caso de que el promotor no desee participar en la futura sociedad y entonces no podría hablarse de opción.

También podría pensarse que el compromiso que asume el promotor cuando concede la opción, no es celebrar un futuro negocio jurídico o contrato de sociedad, sino que simplemente se trata de que el promotor se comprometa a hacer algo, como por ejemplo, a lograr que la sociedad anónima efectivamente se constituya. Pero como ya se dijo, el promotor al elaborar y suscribir el programa de fundación lo hace sin el propósito de obligarse y además, la ley expresamente señala que el promotor solo responderá por las obligaciones que contraiga en razón de la constitución de la sociedad. Adicionalmente, son los propios suscriptores, en la asamblea general constituyente, los que finalmente deciden si constituyen o no la sociedad, una vez recolectado el capital necesario establecido en el programa de fundación.

En segunda medida, puede pensarse que es el suscriptor el que concede la opción al promotor. Pero se puede decirse lo mismo que se ha dicho arriba para sustentar lo contrario. Es decir, que el promotor al elaborar y suscribir el programa de fundación lo hace sin el propósito de obligarse. El promotor además, como lo sostendremos en seguida, no celebra ningún contrato o convenio con los suscriptores, por lo que habría que pensar en este caso en un negocio jurídico unilateral, donde sólo el suscriptor emita la declaración de voluntad de obligarse a celebrar un contrato o negocio jurídico futuro. El problema entonces sería ante quién formularía el suscriptor esta declaración. Ante el promotor no, pues ya dijimos arriba que puede darse el caso de que el promotor no celebre el futuro contrato de sociedad, es decir, que no participe en la futura sociedad que está promoviendo. Podría pensarse que el suscriptor lo hace frente a los futuros socios, pero encontraríamos el problema de que el suscriptor no quedaría obligado de forma certera a celebrar el futuro contrato

de sociedad, pues podría frustrar la constitución de ésta, por ejemplo, no acudiendo a la asamblea general de constitución o ejerciendo el derecho de retiro, si se dan las causales que establece la Ley 222 para su ejercicio.

Consideramos, por lo tanto, que la opción no es el mejor camino para esclarecer la naturaleza jurídica de la suscripción sucesiva de acciones. Por lo que en seguida daremos nuestra opinión al respecto.

#### **4.2.4 Naturaleza jurídica del acto de suscripción.**

Después de haber recopilado lo que han dicho diferentes autores sobre el tema, sentaremos nuestra posición sobre la naturaleza del acto jurídico de suscripción que realizan los inversionistas en relación con las acciones de la futura sociedad.

Para empezar, daremos un vistazo a lo que dice el ordenamiento jurídico colombiano sobre los contratos en general. El artículo 1494 del Código Civil establece que las fuentes de las obligaciones son los contratos o las convenciones, la manifestación de voluntad de la persona que se obliga, el daño y la ley. El artículo 1495 define el contrato como un acto por el cual una de las partes se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. De esto se sigue entonces, que un contrato podrá ser unilateral cuando una de las partes se obliga con otra, sin que ésta contraiga obligación alguna. Y será bilateral cuando ambas partes quedan obligadas.

El artículo 1502 establece las condiciones o requisitos para que una persona pueda obligarse con otra por un acto o declaración de voluntad, dentro de los cuales se encuentra la exigencia de que esta persona consienta en dicho acto o declaración. Por lo tanto, nadie se puede obligar dentro de un contrato, mientras no haya prestado su consentimiento para ello.

Por otro lado, el Código de Comercio establece, en su artículo 826, que cuando la ley exija que un acto o contrato conste por escrito, bastará el instrumento privado, pero se requerirá de las firmas autógrafas de los suscriptores. Recordemos que la Ley 222 de 1995, en su artículo 52 exige que el contrato de suscripción conste por escrito y que deba contener como mínimo la fecha de suscripción y firma del suscriptor.

En ese sentido, el Código de Comercio al señalar la exigencia de las firmas de los suscriptores para los contratos escritos, está requiriendo que el consentimiento de los contratantes se manifieste en el documento por medio de las firmas. Por lo tanto, el contrato de suscripción consagrado en el artículo 52 de la Ley 222 de 1995, que exige que éste sea por escrito, debe ser consentido por ambas partes y mediante sus respectivas firmas. Sin embargo, el numeral 7 del artículo 52 solo exige la firma del suscriptor de las acciones, es decir, exige la manifestación de voluntad de éste, no exige el consentimiento de otra persona. Como se verá más adelante, no se requiere que el inversionista conozca la contraparte, basta con declarar su voluntad de adherirse a un contrato de asociación sujeto a condición resolutoria y del cual surge la obligación de pagar un aporte.

Dicha contraparte no podría ser el promotor, pues como ya hemos dicho, éste, al elaborar el programa de fundación, no tiene vocación de obligarse en el negocio jurídico que se pretende celebrar, y además, la declaración que él hace respecto del prospecto no tiende a vinculaciones contractuales, es decir, la invitación que éste hace por cuenta y a favor de los suscriptores no lo vincula con éstos.

¿Qué es lo que ocurre entonces con la figura de la constitución por suscripción sucesiva?

Como ya hemos explicado, el promotor es la persona encargada de elaborar y presentar el programa de fundación y el folleto informativo a los inversionistas,

pero no a manera de oferta sino de invitación por cuenta y en favor de aquéllos, por las razones ya expuestas. El promotor, por lo tanto, no celebra ningún tipo de contrato con los suscriptores, porque éste simplemente lo que hace es estimular a unas personas para que entre ellas celebren un contrato de sociedad, es decir, entre los individuos que aportan el capital, de manera sucesiva, se va a formar el acuerdo de asociación. En últimas el promotor terminaría desarrollando una actividad similar a la del corredor o intermediario, pues simplemente acerca a unas personas para que realicen un negocio jurídico.

Ahora, si la suscripción de la totalidad del capital fuera en un solo momento, no podría hablarse de constitución por suscripción sucesiva, sino de una constitución simultánea o por acto único. Por lo tanto, hasta que no se suscriba la totalidad del capital de acuerdo a lo señalado en el programa de fundación y se realice la asamblea constituyente no se puede hablar de persona jurídica.

Tampoco podría hablarse de un contrato de promesa (de contrato de sociedad) en este momento, pues como dijimos arriba, ante la manifestación de voluntad de cada suscriptor, no existe la exigencia legal de una manifestación correlativa que consienta en la formación de la figura contractual. El acto de suscripción tampoco les da a los firmantes la posibilidad de exigir el cumplimiento o la resolución del contrato con la indemnización de perjuicios, acciones propias del contrato de promesa.

Por otro lado, y como una salida a este problema, podría plantearse la figura contractual de la suscripción de acciones, regulada en el artículo 384 del Código de Comercio, pero esta figura tiene como presupuesto la existencia de una sociedad ya constituida, que posea una estructura que permita distinguir entre un capital suscrito y un capital autorizado, y así poder reconocer un capital en reserva, sobre el cual se hará una emisión de acciones a una tercera persona, además del reconocimiento, con base en el contrato de suscripción, del estatus de accionista.

¿Cuál es entonces la naturaleza del acto de suscripción de acciones? Consideramos que es la manifestación unilateral de voluntad del inversionista o suscriptor de adherirse a un contrato de asociación con ánimo de lucro, que se encuentra bajo condición resolutoria; y el compromiso de pagar unos aportes a una sociedad que se espera que nazca. Recuérdese que el contrato de asociación no requiere para su perfección de la solemnidad del otorgamiento de la escritura pública, requisito que resulta ser esencial para crear la persona jurídica, y tampoco de la exigencia legal del número mínimo de socios, basta con el acuerdo de voluntades de dos o más personas. Sin embargo para constituir la sociedad anónima se requiere de por lo menos 5 socios.

De este contrato de asociación surge para sus asociados la obligación de realizar un aporte. La cuestión ahora es definir qué naturaleza tiene el cumplimiento del compromiso de pago de dicho aporte, como una figura contractual. Según el artículo 864 del Código de Comercio el contrato es definido como el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o **extinguir** una relación jurídica o una obligación. Así mismo, la Ley 222 de 1995 separó en dos momentos distintos el contrato de asociación del cumplimiento del compromiso de pago. Por lo tanto, puede hablarse del segundo momento como un contrato o acuerdo de pago, según el cuál se extingue la obligación de hacer el aporte. De esta manera es posible referirse a una suscripción, pues es posible diferenciar en el tiempo dos momentos, el del surgimiento de la obligación (contrato de asociación) y el de su cumplimiento (contrato de pago); si no fuera posible hacer tal diferenciación, no podría hablarse de suscripción sucesiva sino de constitución simultánea de sociedad o por acto único.

De manera que el suscriptor, adicionalmente a su manifestación de voluntad sobre la suscripción de las acciones de la futura sociedad, deberá realizar un contrato de depósito o de fiducia mercantil con la entidad financiera, para cumplir con la obligación a la que se comprometió mediante el negocio jurídico unilateral.

Se aprecia entonces, como el promotor no interviene en la celebración de estos negocios jurídicos, en los cuales sólo figura el suscriptor, en el contrato de asociación y pago frente a los otros asociados, y en el contrato de depósito o de fiducia frente a la entidad encargada del recaudo de los recursos.

#### **4.3 ELEMENTOS DEL ACTO DE SUSCRIPCIÓN**

El artículo 52 de la Ley 222 de 1995 establece los elementos mínimos que debe contener el acto jurídico de suscripción, que debe ser celebrado por escrito, y debe contener por lo menos los siguientes puntos, sin perjuicio de las consideraciones que se resuelva incluir.

1. El nombre, nacionalidad, domicilio e identificación del suscriptor.
2. El nombre y domicilio de la futura sociedad.

Es importante en este punto abordar el aspecto del nombre de la futura sociedad y su protección. De acuerdo al artículo 35 del Código de Comercio, las cámaras de comercio se deben abstener de matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el nombre de otro ya inscrito. ¿Qué ocurre entonces con el nombre de la futura sociedad? ¿Solo se protegerá hasta la constitución efectiva de la futura sociedad? Nosotros consideramos que la protección debe darse desde el momento en que el programa de fundación, de acuerdo al inciso último del artículo 50 de la Ley 222, se inscriba en la cámara de comercio. Recordemos que el programa de fundación contiene el proyecto de los estatutos de la sociedad, donde a su vez se contiene el nombre de la futura sociedad. Por lo tanto, con la inscripción en la cámara de comercio del programa de fundación, que contiene los estatutos y en éstos el nombre, quedaría protegido éste en los términos del artículo 35 del Código de Comercio. De no ser así, “Todo el esfuerzo de promoción y acreditación del nombre, surtido dentro del trámite del proceso de fundación sería inocuo, en

cuanto al nombre se refiere y podría ser aprovechado (el nombre) por terceras personas para usurpar el nombre proyectado, en la medida que se haga público mediante su inscripción en la cámara de comercio.”<sup>78</sup>

3. El número, naturaleza y valor nominal de las acciones que suscribe.

4. La forma y condiciones en que el suscriptor se obliga a pagar.

El pago deberá depositarse en la entidad designada para ello. Si el pago no se diere de forma inmediata sino de manera escalonada se seguirá la regla general para la constitución de sociedades anónimas de forma simultanea, es decir, se deberá por lo menos cancelar la tercera parte del valor de cada acción suscrita y el plazo para cancelar las cuotas pendientes no podrá exceder de un año a partir de la fecha de la suscripción.

Si los suscriptores llegasen a incumplir sus obligaciones, el inciso final del artículo 53 de la Ley 222 le otorga al promotor la opción de exigir judicialmente el cumplimiento de dichas obligaciones o podrá imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas. Es preciso recordar que éste obtiene de la ley una legitimación extraordinaria o anormal para demandar los intereses de la sociedad que está por nacer. En este sentido, el documento de suscripción prestará mérito ejecutivo, de acuerdo al artículo 234 de la Ley 222.

5. Cuando las acciones hayan de pagarse con aportes en especie, la determinación de éstos.

El artículo 51 de la Ley 222 de 1995, que estipula el contenido mínimo del programa de fundación, en su numeral 5 manifiesta lo siguiente: “*Cuando se proyecten aportes en especie se indicaran las características que deberán tener y las condiciones para su recibo.*” No obstante el programa de fundación

---

<sup>78</sup> BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. Ob. cit. Pág. 293



establezca las características y las condiciones en que se recibirán los pagos en especie, encontramos que, de acuerdo con el inciso final del artículo 57 de la ley, será la asamblea constituyente la encargada de la aprobación de tales pagos, donde los aportantes de éstos no tendrán voto, por lo que la mayoría se conformará con los votos de los constituyentes restantes.<sup>79</sup>

6. La declaración expresa de que el suscriptor conoce y acepta el programa de fundación.

7. La fecha de suscripción y firma del suscriptor.

---

<sup>79</sup> BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. Ob. cit., Pág. 295.

## CAPÍTULO V

### 5. APOORTE EN DINERO O ESPECIE

#### 5.1 LA ENTIDAD ENCARGADA DEL MANEJO DE LOS RECURSOS

Como ya se dijo, en el programa de fundación de la sociedad se debe especificar cuál va a ser la entidad encargada de recibir y administrar transitoriamente los recursos provenientes de los aportes de los suscriptores, hasta tanto se logre constituir la compañía. La Ley 222 de 1995 no indicó que tipo de entidad debe ser la encargada del manejo de dichos dineros. Para Francisco Reyes Villamizar resulta una ventaja que trajo la ley, toda vez que los promotores, en virtud de la autonomía contractual, podrá convenir con cualquier entidad el manejo del capital<sup>80</sup>.

En este mismo sentido Enrique Gaviria Gutiérrez afirma: *“...el destinatario obvio y óptimo de estos dineros no puede ser sino una institución financiera con la facultad, la solvencia y la experiencia para recaudar e invertir el ahorro público”*<sup>81</sup>

A nuestro entender, la entidad encargada del manejo de los dineros recaudados por concepto de la suscripción sucesiva de las acciones, puede ser cualquier entidad financiera como un banco, una fiduciaria, un comisionista de valores, etc. que tenga la solvencia económica, administrativa y técnica, y que genere la suficiente confianza en los inversionistas.

---

<sup>80</sup> “Los recursos requeridos para la empresa propuesta, como ya se dijo, se recaudan por intermedio de una entidad designada para el efecto. Puede tratarse de un banco, una entidad fiduciaria o cualquier otra institución financiera. Sin embargo, la ley, con buen criterio, no prohíbe la posibilidad de que pueda ser cualquiera otra entidad. Es un principio sano, de respeto a la autonomía contractual que no perjudica el sistema, en la medida que son los terceros inversionistas quienes deciden el grado de riesgo que asumen en la operación”. REYES VILLAMIZAR, Reyes. Ob. cit. Pág. 225.

<sup>81</sup> GAVIRIA GUTIÉRREZ, Enrique. Ob. cit. Pág. 32.

Lo usual es que se escoja una institución fiduciaria, con la suficiente solvencia, confiabilidad y experiencia en la inversión de los recursos. En este caso, el contrato de fiducia mercantil tendrá por objeto constituir un patrimonio autónomo con el propósito de recaudar, administrar, invertir y transferir los fondos y sus rendimientos conforme a lo estipulado en el programa de fundación de la sociedad.

Entonces, el suscriptor será precisamente el fiduciante o fideicomitente, quien mediante una declaración de voluntad, transfiere por lo menos la tercera parte del aporte en dinero una vez realizada la suscripción al fiduciario para que lo administre y maneje hasta tanto se logre constituir la sociedad. El patrimonio autónomo se incrementará en la medida que los suscriptores transfieran sumas de dinero al fiduciario por concepto de la suscripción de acciones de la sociedad que se busca constituir; además formarán parte del patrimonio autónomo los rendimientos financieros que generen los bienes del mismo. Hay que tener en cuenta que en el ordenamiento colombiano, sólo pueden detentar ésta calidad las sociedades fiduciarias debidamente autorizadas por la Superintendencia financiera<sup>82</sup>.

Finalmente, el fideicomisario es la persona que ha de recibir los beneficios que produce el capital consignado por los suscriptores más los frutos generados. Para tal efecto, quien recibe los beneficios de la fiducia será la persona jurídica que se espera que exista, es decir la sociedad una vez se constituya, o como sustituto de ésta, los suscriptores, siempre y cuando el proceso de constitución fracase.

## **5.2 PAGO DEL APOORTE EN DINERO O ESPECIE**

El artículo 53 *Ibíd*em establece que el pago de los aportes se pueden efectuar de contado o por instalamentos, en éste caso, se debe cubrir por lo menos la tercera parte del valor de cada acción suscrita; adicionalmente la norma fija un

---

<sup>82</sup> RENGIFO HIGUITA, Ramiro. La Fiducia, Legislación nacional y derecho comparado, segunda edición. Fondo Editorial Universidad Eafit. Medellín. 2001. Pág. 318

plazo de un año como máximo contados desde la fecha de la suscripción para el pago total de las cuotas restantes. Estas disposiciones son similares a las reglas sobre el pago del importe de las acciones suscritas en las sociedades anónimas, según el artículo 387 del Código de Comercio.

Los suscriptores también pueden hacer aportes en especie, siempre y cuando se estipule la posibilidad en el programa de fundación, para tal efecto, el artículo 51 numeral 5 de la Ley 222 de 1995, indica que cuando se proyectan este tipo de aportes, se deben determinar las características que ostentarán y las condiciones para su recibo en el programa de fundación. En el artículo siguiente, referente al contenido del acto jurídico de suscripción, se expresa que se debe indicar en dicho instrumento la forma y condiciones en que el suscriptor se obliga a pagar el aporte en especie y la determinación de éstos. Finalmente, en el artículo 58 *Ibíd*em se contempla que en el temario de la reunión de la asamblea general constituyente se puede incluir un punto para examinar y en su caso aprobar el avalúo de los aportes en especie, si los hubiere, caso en el cual los interesados carecen de voto, entonces la mayoría se formará con los votos de constituyentes restantes que se encuentren presentes.

Según el autor Julio J. Benetti si el aporte es en especie *“el pago se hará una vez constituida la sociedad, (...), porque previamente es necesario que la asamblea constituyente apruebe y avalúe el aporte (artículo 58 -3) y la superintendencia de sociedades lo autorice, si ha ello hubiere lugar”*<sup>83</sup>

### **5.3 PROHIBICIÓN DE DISPOSICIÓN DE LOS APORTES**

Conforme al artículo 55 de la Ley 222 de 1995, ni los promotores, ni la entidad encargada del manejo de los recursos podrá disponer de los aportes de los suscriptores, hasta que no sea otorgada la escritura pública de constitución de

---

<sup>83</sup> BENETTI, Julio J. Ob. cit. Pág. 477

la sociedad, a menos que fuere para cubrir los gastos necesarios para la constitución.

## CAPÍTULO VI

### 6. CONSOLIDACIÓN Y FRACASO DE LA CONSTITUCIÓN

#### 6.1 ASAMBLEA GENERAL CONSTITUYENTE

Habiendo sido exitoso el proceso de suscripción, los promotores deberán convocar, dentro de los quince días siguientes, a la asamblea general constituyente, en la forma y plazo previstos en el programa de fundación (Inciso 1 del Artículo 56 de la Ley 222)

Si la asamblea no se lleva a cabo luego de la primera convocatoria por falta de quórum, se citará de nuevo a otra reunión que deberá efectuarse no antes de los diez días ni después de los treinta, contados desde la fecha fijada para la primera reunión. Si tampoco en esta segunda reunión se logra conformar el quórum necesario, se dará por terminado el proceso de constitución y se aplicará lo dispuesto para el caso del **fracaso de la suscripción** (Artículo 56 inciso 2).

Establecida la asamblea, se aplicará el principio o la regla general según el cual en ella cada suscriptor tendrá tantos votos como acciones haya suscrito. La Ley 222 de 1995 no mencionó cuál ha de ser el quórum deliberatorio para tomar las decisiones, no obstante señala en su artículo 57 que éstas se tomaran por un número plural de suscriptores que representen, por lo menos, la mayoría absoluta de las acciones suscritas, es decir, la mayoría decisoria tendrá que estar conformada como mínimo por dos suscriptores y que estos posean, siquiera, la mayoría absoluta de las acciones suscritas.

Respecto a la mora de los suscriptores en el pago de las acciones suscritas, el autor Rafael Bernal Gutiérrez<sup>84</sup> afirma que podría aplicarse por analogía el

---

<sup>84</sup> BERNAL GUTIERREZ, Rafael. Ob. cit. Pág. 298

artículo 397 del Código de Comercio, relativo al contrato de suscripción, para regular lo atinente a la suscripción sucesiva y, por lo tanto, dejar sin voto en la asamblea constitutiva a los morosos. Lo anterior sin perjuicio de las acciones que tiene el promotor y que señalábamos arriba.

Sin embargo, no debemos olvidar que el Código de Comercio al regular el contrato de suscripción, lo hizo refiriéndose a sociedades ya constituidas y que tienen una estructura de capital que permite diferenciar el capital autorizado del capital suscrito, y así, poder realizar la emisión de acciones que tienen en reserva, lo cual, a su vez, permite hablar de accionistas y las correspondientes sanciones sobre sus derechos. Además, consideramos que la Ley 222 de 1995 trae unas consecuencias o medidas sobre los suscriptores que incumplan con el pago de los aportes, dentro de los cuales se encuentran los suscriptores morosos. En el Artículo 53 se establece que ante el incumplimiento de los suscriptores en el pago de las sumas de dinero a que se hubiesen obligado, los promotores podrán exigir el cumplimiento judicialmente.

Por otro lado, el artículo 58 de la Ley 222 de 1995 establece el temario de la reunión de la asamblea general constituyente, lo cual no significa, y nada lo impide, que en la reunión se decida sobre temas adicionales. Estos son los temas que establece dicho artículo:

- Aprobación de la gestión realizada por los promotores.

El mismo artículo 58 establece que los promotores que a su vez sean suscriptores carecen de derecho de voto en este aspecto específico. Solo en el caso de que la asamblea apruebe dicha gestión se les podrá rembolsar a los promotores los gastos efectuados en el proceso constitutivo (Artículo 60 Ley 222 de 1995).

- Aprobación de los estatutos.

Como ya se había mencionado el programa de fundación debe incluir un proyecto de estatutos, que implícitamente ha sido aceptado por el suscriptor cuando éste expresamente declara aceptar el programa de fundación en una de las cláusulas del llamado “contrato de suscripción” (Artículo 52 numeral 6 Ley 222 de 1995).

Aunque el proyecto ya ha sido aceptado por el suscriptor, el legislador abre un espacio dentro de la reunión de la asamblea general constituyente para que éste sea aprobado. Lo cual nos da a entender que el proyecto de estatutos puede ser objeto de discusión y de una consecuente modificación. Esto lo corrobora el contenido mismo del artículo 58 que en su párrafo prevé un derecho de retiro para los suscriptores ausentes o disidentes que no estén de acuerdo con una modificación del objeto social.

Si se llegase a modificar las actividades principales del objeto social, los suscriptores ausentes o disidentes podrán retirarse a los quince (15) días siguientes a la celebración de la asamblea, comunicando dicha decisión por escrito al representante legal designado por la asamblea constitutiva, pudiendo el suscriptor pedir la restitución de los pagos realizados, junto con los frutos que se hubieren producido.

Cuando se modifique entonces el objeto social en los términos anteriores, el representante legal designado deberá comunicar inmediatamente esto a los suscriptores ausentes, para que estos tengan la opción de ejercer el derecho de retiro.

Además dice el párrafo del artículo 58 de la ley que si como consecuencia de ejercer este derecho de retiro se disminuye el capital previsto para la constitución de la sociedad, ésta podrá formalizarse siempre y cuando la decisión sea adoptada por un número de suscriptores que representen no menos de la mitad más una de las



acciones suscritas restantes. De lo contrario se entenderá fracasada la constitución.

Consideramos que este derecho de retiro también debió consagrarse respecto a la modificación del proyecto de estatutos, pues estos ya fueron aceptados expresamente por cada uno de los suscriptores cuando realizan la suscripción. Así lo hace ver Gaviria Gutiérrez cuando señala que *“No tiene, pues, sentido hacer votar lo que ya mereció aprobación individual, escrita y unánime, máxime si se advierte que la indicada votación en la asamblea podría conducir a la contradictoria situación de ver constituida una sociedad, no sólo por quienes han prestado su consentimiento, sino por quienes se opusieron a ella, los que así vendrían a pertenecer a una organización que rechazan.”*<sup>85</sup>

- Examinar y en su caso aprobar el avalúo de los aportes en especie.
- Designación de representante legal, junta directiva y revisor fiscal.

Nada impide que en el curso de la asamblea general constituyente se designen otros cargos adicionales previstos estatutariamente.

Aunque la Ley 222 de 1995 no lo mencione, resulta de gran importancia la elaboración del acta de la asamblea general constituyente, *“...razones de conveniencia y orden imponen la existencia de la misma para dar fe de los temas discutidos y aprobados y de las mayorías presentes y (SIC) con que se han adoptado las decisiones; carecer de una memoria tan importante resultaría temerario, por decir lo menos.”*<sup>86</sup>

## 6.2 FORMALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

---

<sup>85</sup> GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Ob. cit. Pág. 36.

<sup>86</sup> BERNAL GUTIERREZ, Rafael. Ob. cit. Pág. 301.

Una vez realizada la asamblea general constituyente se procede al perfeccionamiento de la sociedad anónima y el correspondiente registro mercantil, según las normas generales establecidos para la constitución simultánea o por acto único en el Código de Comercio. La formalización u otorgamiento de la escritura de constitución debe hacerse dentro de los seis meses siguientes a la celebración de la asamblea, so pena de que los suscriptores puedan exigir la devolución de los aportes más los frutos que hubieren producido, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el representante legal (Artículo 59 Ley 222 de 1995).

Respecto a la responsabilidad de los promotores y su traslado a la sociedad, recordemos que aquellos deben responder solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas en pro de la futura sociedad y que dicha responsabilidad termina al momento de la celebración de la asamblea general, una vez se apruebe la gestión de éstos, de acuerdo con el artículo 59 de la Ley 222 de 1995.

### **6.3 REGISTRO MERCANTIL**

El artículo 60 de la Ley 222 de 1995 dice que constituida la sociedad, ésta asumirá las obligaciones contraídas legítimamente por los promotores y restituirá los gastos realizados por éstos, siempre y cuando su gestión haya sido aprobada por la asamblea general constituyente.

Igualmente, asumirá las obligaciones contraídas por el representante legal en cumplimiento de sus deberes.

Estos efectos se producen una vez se ha realizado la inscripción en el registro mercantil; entonces la sociedad será responsable frente a terceros por todas las obligaciones contraídas por los promotores y el representante legal.

### **6.4 FRACASO EN LA CONSTITUCIÓN**

Como ya vimos, el numeral 4 del artículo 51 de la Ley 222 de 1995 establece que el programa de fundación debe estipular el monto mínimo al que deberá ascender el capital suscrito. Si en el programa no se ha previsto la posibilidad de constituir la sociedad con un monto inferior al anunciado y no se llega a reunir el monto mínimo dentro del plazo previsto, la ley en su artículo 54 prevé que los contratos de suscripción se resolverán y la entidad respectiva deberá reintegrar los aportes a cada suscriptor junto con sus rendimientos, dentro de los diez días siguientes al vencimiento del plazo.

Adicionalmente, la ley 222 de 1995 indica algunas otras situaciones donde el proceso de constitución puede verse frustrado, a saber:

a) El artículo 56 inciso final, cuando se convoca a la segunda reunión de la asamblea general constituyente y no se puede celebrar por falta de quórum, se dará por terminado el proceso de constitución. Si el fracaso es producto de la omisión o la indebida convocatoria del promotor, en los términos del artículo 56 *Ibídem*, se podrá ejercer una acción de responsabilidad contra éste por los perjuicios ocasionados a los suscriptores, socios y terceros.

b) El artículo 58 inciso final, si por haberse cambiado las actividades principales del objeto social, se disminuye el capital social, debido a la renuncia de los suscriptores que ejercen el derecho de retiro, a menos que se apruebe la decisión de constituir la sociedad con el voto de la mitad más una de las acciones suscritas restantes, se entenderá fracasada la suscripción.

c) Finalmente, puede entenderse del artículo 59, que si dentro de los seis (6) meses siguientes a la celebración de la asamblea, no se ha otorgado la escritura de constitución, el proceso de constitución de la sociedad puede fracasar. Como ya se dijo, le corresponde al representante legal realizar los tramites de notariado y registro después de su nombramiento en la asamblea general constituyente, entonces si después de transcurridos los 6 meses para

otorgar la escritura de constitución el proceso de suscripción fracasa, los suscriptores podrán exigir la restitución de los aportes junto con los frutos que hubiere producido, además de adelantar las acciones de responsabilidad a que haya lugar contra el representante legal por el incumplimiento de sus deberes, de conformidad con los artículos 59 y 60 de la Ley 222 de 1995.

En todo caso, si la sociedad no se llegase a constituir por otros motivos, según el artículo 54 inciso final del artículo 54 Ibídem, la ley prevé las mismas consecuencias; sólo que en este caso el plazo para el reintegro de los aportes (cinco días) se contará a partir de que los promotores o el representante legal informen a la entidad respectiva el fracaso del proceso de constitución por suscripción sucesiva, aviso que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes a éste (Artículo 54 Ley 222 de 1995), sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar.

## CONCLUSIONES

No existen discrepancias entre los diferentes autores sobre la definición del Promotor. Consideramos que la mejor definición es la siguiente:

El promotor es la persona natural o jurídica que se le ha encargado la tarea de idear y desarrollar todo el proceso de fundación de una sociedad, o ha tenido la original iniciativa de su creación. Tiene como propósito la materialización de la idea, realiza los trámites previos, los actos preparatorios y carga con la responsabilidad por los actos anteriores a la constitución de la sociedad. El promotor podrá suscribir acciones de la sociedad que se está gestando.

Las principales funciones del promotor son: elaborar el programa de fundación y el folleto de promoción de las acciones; ofrecer en términos generales el programa de fundación y el folleto de promoción de las acciones; exigir judicialmente el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los suscriptores o imputar las sumas recibidas a la liberación del número de acciones que correspondan a las cuotas pagadas; informar oportunamente sobre el fracaso de la suscripción a la entidad encargada de hacer el recaudo; convocar a la Asamblea General Constituyente; elaborar y presentar informe de su gestión a la Asamblea General Constituyente para su aprobación; cumplir con las demás funciones especiales derivadas del contrato de mandato cuando el promotor no es fundador de la sociedad anónima.

Los promotores están restringidos por la ley para: recibir las sumas de dinero que los inversionistas se han obligado a suscribir y tampoco podrán disponer de estos dineros, salvo para cubrir los gastos necesarios para la constitución; cuando los promotores también son suscriptores no podrán votar en la asamblea general constituyente sobre la aprobación de la gestión realizada por ellos mismos; cuando se trata de promotores que actúan en virtud de un contrato de mandato, no podrá el representante hacer de contraparte del

representado o contratar consigo mismo, en su propio nombre o como representante de un tercero, salvo expresa autorización del representado.

Los promotores pueden responder frente a los suscriptores, la sociedad y los terceros con los que se haya contratado, por no cumplir con sus obligaciones consagradas en la ley y en el programa de suscripción. Dicha responsabilidad se extingue al momento de la celebración de la asamblea general constituyente y una vez que, en ella, sea aprobada la gestión de los promotores.

Las mencionadas obligaciones no pueden ser exigidas en ningún caso a los suscriptores.

Un problema práctico se evidencia en el cumplimiento de la función que tiene el promotor para demandar judicialmente el pago de los aportes del suscriptor incumplido, toda vez que no es claro en qué condición puede exigir el cumplimiento, ya que como representante de la sociedad no puede, pues el ente jurídico aún no existe. Tampoco hay un vínculo contractual entre el promotor y el suscriptor. Entonces, ¿en qué carácter lo hace? El promotor obtiene una legitimación extraordinaria o anormal, derivada del artículo 53 de la Ley 222 de 1995, para demandar los intereses del ente jurídico que se espera que exista, o mejor, que está por nacer, es decir de la futura sociedad.

El régimen de remuneración de los promotores solo fue establecido por el Código de Comercio que estipula dos formas para compensar los servicios prestados: mediante la participación en las utilidades líquidas, que no podrá exceder del 15% de las mismas ni del término de 5 años contados a partir del primero que registre utilidades y mediante la concesión de un privilegio económico asignado a las acciones que suscriban los promotores, consistente en la participación sobre las utilidades, con los mismos límites para la primera opción. Sin embargo, para los autores nada impide que la contraprestación del promotor por los servicios prestados pueda ser estipulada de forma diferente a

la contemplada en el Código de Comercio, siempre y cuando se exprese en el programa de fundación.

Al promotor no se le puede pagar, por concepto de remuneración por los servicios prestados, con partes de interés, cuotas o acciones. Por otro lado, nada impide que los promotores o fundadores adquieran acciones de la futura sociedad con sus propios recursos (acciones pagadas en dinero u otros bienes tangibles), o que liberen capital con los rendimientos obtenidos como contraprestación.

El programa de fundación de la sociedad anónima no alcanza a configurar los requisitos de la oferta, por lo tanto, se trata de una simple invitación por parte de los promotores por cuanta y a favor de los suscriptores, dirigido al público general para celebrar un negocio de asociación, pues quien elabora y suscribe el programa, el promotor, no lo hace con el propósito o la intención de obligarse en el negocio jurídico que se pretende celebrar.

Sobre la naturaleza del folleto informativo no hay discrepancias entre los diversos autores que se refieren al tema. Igualmente para nosotros el folleto informativo es un documento promocional, el cual contiene las especificaciones generales del proyecto. El folleto constituye entonces una presentación de carácter técnico, en la cual se exponen los aspectos económicos, financieros y contables, con el propósito de promover la formación de la sociedad.

Donde sí existen desacuerdos es respecto a la naturaleza del acto de suscripción. Para la mayoría de autores examinados el acto de suscripción es de carácter contractual, es decir, que entre el promotor y los inversionistas o suscriptores se realiza un contrato de suscripción. Mientras que sólo para Enrique Gaviria Gutiérrez, el llamado contrato de suscripción no es más que una “declaración unilateral de voluntad”, sometida a la condición resolutoria de que la sociedad no se constituya.

Los autores consideran que es la manifestación de voluntad que realiza el inversionista o suscriptor de adherirse a un contrato de asociación bajo una condición resolutoria y el consiguiente compromiso de pago de un aporte en dinero o en especie.

De manera que el suscriptor, adicionalmente a su manifestación de voluntad sobre la adhesión al contrato de asociación y deberá realizar un contrato o acuerdo de pago, consistente en un depósito o fiducia mercantil en una entidad financiera encargada del manejo de los recursos.

El promotor entonces no interviene en la celebración de estos dos negocios jurídicos, en los cuales solo figura el suscriptor, en su declaración unilateral sobre el contrato de asociación y el pago del aporte, y el mismo suscriptor y la entidad financiera en la celebración del contrato de depósito.

Respecto a la asamblea general constituyente si se llegase a modificar las actividades principales del objeto social, los suscriptores ausentes o disidentes podrán retirarse dentro de los quince (15) días siguientes a la celebración de la asamblea, pudiendo el suscriptor pedir la restitución de los pagos realizados, junto con los frutos que se hubieren producido.

Respecto a la responsabilidad de los promotores y su traslado a la sociedad, aquellos deben responder solidaria e ilimitadamente por las obligaciones contraídas en pro de la futura sociedad y dicha responsabilidad se extingue al momento de la celebración de la asamblea general.



## **BIBLIOGRAFÍA**

### **REFERENCIAS DOCTRINALES**

- REYES VILLAMIZAR, Francisco. Reforma al Régimen de Sociedades y Concursos. Editorial Temis S.A. Bogotá. 1999 Cámara de Comercio de Bogota. Bogotá. 1996.
- REYES VILLAMIZAR, Francisco. Derecho Societario. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2002
- BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. La Constitución de Sociedades Anónimas por Suscripción Sucesiva, Reforma al Código de Comercio y otros temas. Cámara de Comercio de Medellín, Colegio de Abogados de Medellín y Biblioteca Jurídica Dike. 1996
- BENETTI SALGAR, Julio J. “Constitución de la sociedad anónima por suscripción sucesiva”, La Reforma al código de Comercio Ley 222 de 1995. Cámara de Comercio de Bogotá y Colegio de Abogados Comercialistas. 1996.
- GUELPERIN, Ernesto y LODI, Nelson. Sociedades Comerciales. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires.
- SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Informe al Congreso de la República, impacto de la Ley 222 de 1995. Bogotá. 1.998
- BRUNETTI, Antonio. Sociedades mercantiles. Editorial jurídica universitaria. México. 2.001

- GAVIRIA GUTIERREZ, Enrique. Nuevo Régimen de Sociedades, primera edición. Biblioteca jurídica DIKE. Medellín. 1.996.
- RENGIFO HIGUITA, Ramiro. La Fiducia, legislación nacional y derecho comparado. Fondo Editorial Universidad Eafit. Medellín. 2.001.
- GÓMEZ ESTRADA, César. De los principales contratos civiles, tercera edición. Editorial Temis S.A.. Bogotá. 1.999.
- HERRERA M, María Lucía y NOGUERA S. Silvana. Requisitos de constitución de las sociedades en Centro y Suramérica. Trabajo de Grado. Pontificia Universidad Javeriana. 2004.
- SERRANO VALDIVIESO, Lucia Cristina y otros. Constitución de sociedades anónimas en Centroamérica. Trabajo de grado. Pontificia Universidad Javeriana. 2004.
- QUINTERO, Beatriz, PRIETO, Eugenio. Teoría general del proceso, tomo II. Editorial Temis S.A. Bogotá DC. 1995.
- SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado, estudios de derecho civil y comercial contemporáneo, tomo II, segunda edición. Editorial Legis S.A. Bogotá. 2004.
- TAMAYO LOMBANA, Alberto. Manual de obligaciones, tomo II, Editorial Temis S.A. Bogotá, 2003.

#### LEYES, CÓDIGOS Y ESTATUTOS

- En Chile, artículo 348 y siguientes del Código de Comercio y Ley de Sociedades anónimas.

- En Argentina, Ley General de Sociedades (Ley 19.550).
- En Bolivia, Código de Comercio y Decreto 16.833 de 1.979.
- En Paraguay, Ley 1.284 de 1.998 sobre Sociedades Abiertas
- En Venezuela, Código de Comercio
- En Colombia, Ley 222 de 1.995, Código de Comercio, Resolución 400 de 1995.
- En Panamá, Código de Comercio, Ley 32 de 1.927, Ley 24 de 1.966 y Ley 17 de 1997
- El Salvador, Código de Comercio.
- Guatemala, Código de Comercio de 1970
- Ley General de Sociedades de Perú.
- Ley General de Sociedades Mercantiles de México.
- Código de Comercio de Costa Rica de 1964.

## OTROS

- Prospecto Preliminar programa de Fundación TGI S.A ESP. 2005-2006.